

Das Recht am Arbeitsplatz

als sonstiges Recht im Sinne von

§ 823 I BGB

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft

der Westfälischen Wilhelms-Universität

zu M ü n s t e r

vorgelegt von

Birgitta Konrad.

4330 Mülheim/Ruhr

1 9 8 4



D a s R e c h t a m A r b e i t s p l a t z ,

als sonstiges Recht im Sinne von

§ 823 I BGB

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft

der Westfälischen Wilhelms-Universität

z u M ü n s t e r

vorgelegt von

Birgitta Konrad

4330 Mülheim/Ruhr

1 9 8 4

Für meine Eltern

Erstberichterstatter:

Prof. Dr. Schlüter

Zweitberichterstatter:

Prof. Dr. Kollhosser

Dekan:

Prof. Dr. Großfeld

Tag der mündlichen Prüfung: 10.2.1984

<u>Inhaltsverzeichnis</u>	Seite
Einleitung	1
<u>1. Kapitel:</u> Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	4
A. Meinungsstand der Literatur bis zum Inkrafttreten des BetrVG 1972	6
I. Befürworter des Rechts am Arbeits- platz	6
II. Gegner des Rechts am Arbeitsplatz	10
B. Meinungsstand der Literatur nach Inkraft- treten des BetrVG 1972	12
C. Der Standpunkt der Rechtsprechung	17
<u>2. Kapitel:</u> Das Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I	20
<u>3. Kapitel:</u> Fallgruppen	27
A. Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz durch den Arbeitgeber	27
I. Durch eine Aussperrung	27
1) Rechtmäßige Aussperrung	27
2) Rechtswidrige Aussperrung	28
a) Ansprüche auf Ersatz des Lohnausfalls	29
aa) Anspruch aus § 615	29
bb) Anspruch aus § 324 I	31
cc) Anspruch aus § 324 II	31
dd) Anspruch aus positiver Vertragsverletzung	32
b) Ansprüche wegen des über den Lohnausfall hinausgehenden Schadens	32
aa) Anspruch aus § 304	33
bb) Anspruch aus positiver Vertragsverletzung	33

II. Durch eine Kündigung	37
1) Ansprüche der Arbeitnehmer, die in den Schutzbereich des KSchG fallen	38
2) Ansprüche der Arbeitnehmer, auf die das KSchG nicht anwendbar ist	47
III. Durch Zugrunderichten eines Unternehmens durch Mißwirtschaft	49
1) Außerordentliche Kündigung gemäß § 626	50
2) Ordentliche Kündigung	51
3) Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 22 II KO	52
4) Anspruch auf Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung	53
5) Bedürfnis zur Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz	55
B. Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz durch Dritte	56
I. Eingriffe, die sich unmittelbar gegen den Arbeitnehmer als Inhaber des Arbeitsplatzes richten	57
1) Durch eine Druckkündigung	57
a) Ansprüche der Arbeitnehmer bei Rechtmäßigkeit der Kündigung	59
aa) Anspruch aus § 826	60
(1) Inhalt des Begriffs der " guten Sitten "	60
(2) Sittenwidrigkeit einer Druckkündigung eines Arbeitnehmers anderen Glaubens, einer anderen Rasse etc.	63
(3) Sittenwidrigkeit der Druckkündigung eines nicht gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmers	65
(4) Sittenwidrigkeit der Druckkündigung eines unbeliebten Arbeitnehmers	67

(5) Sittenwidrigkeit der Druckkündigung eines Arbeitnehmers, der sich schlecht über einen Geschäftspartner äußert	70
(6) Vorsatz der Schadenszufügung	73
bb) Anspruch aus § 823 II	74
b) Ansprüche der Arbeitnehmer bei Rechtswidrigkeit der Kündigung	77
2) Durch einen Boykott	78
3) Durch Behinderung Arbeitswilliger durch Streikende	82
a) Ansprüche gegen die Streikposten	84
aa) Anspruch aus § 823 II i.V. mit § 240 StGB	84
bb) Anspruch aus § 823 II i.V. mit §§ 185, 223 StGB	88
cc) Anspruch aus § 826	89
b) Ansprüche gegen die Gewerkschaft	90
4) Durch Verbreitung abträglicher Werturteile	90
a) Anspruch aus § 824	91
b) Anspruch aus § 823 II i.V. mit § 185 StGB	91
c) Anspruch aus § 826	93
d) Anspruch aus § 823 I wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	94
5) Durch Beeinträchtigung des beruflichen Fortkommens eines Arbeitnehmers durch andere Arbeitnehmer	97
a) Anspruch gegen den Arbeitgeber aus positiver Vertragsverletzung i.V. mit § 278	98
b) Anspruch gegen den schädigenden Arbeitnehmer aus § 826	101
c) Bedürfnis zur Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz	101

6) Durch Aufruf zum politischen Streik	107
a) Rechtmäßigkeit des politischen Erzwingungsstreiks	108
b) Rechtmäßigkeit des politischen Demonstrationsstreiks	109
c) Sittenwidrigkeit einer Verleitung zum Vertragsbruch i.S. des § 826	113
d) Vorsatz zur Schädigung	117
7) Durch Anordnung einer rechtswidrigen Aussperrung	118
a) Anspruch der Arbeitnehmer bei tarifvertragswidriger Aussperrung wegen Verletzung des Tarifver- trages	119
b) Anspruch der Arbeitnehmer aus § 826 bei anderweitig rechts- widriger Aussperrung	120
aa) Sittenwidrigkeit der Verlei- tung zum Vertragsbruch	122
bb) Extensive Auslegung des Be- griffs der " guten Sitten "	126
cc) Bedürfnis zur Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz im Falle eines fahrlässigen Aufrufs zur rechtswidrigen Aussperrung	127
II. Eingriffe Dritter in den Gewerbebetrieb , die zugleich das Recht am Arbeitsplatz beeinträchtigen	132
1) Streik im Drittbetrieb	132
2) Sonstige Eingriffe Dritter in ein Unter- nehmen, die zum Verlust von Arbeits- plätzen führen	138
C. Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz durch den Betriebsrat	139
I. Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz durch Mitbestimmung in personellen Einzelmaßnahmen	141

	1) Beeinträchtigung des Schutzbereichs	141
	2) Verletzungshandlungen des Betriebsrats	142
II.	Haftungssubjekt	144
III.	Anspruch auf Schadensersatz aus einem haftungsbegründendem Rechtsverhältnis sui generis	144
IV.	Anspruch auf Schadensersatz aus § 826	153
V.	Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 II	155
VI.	Bedürfnis zur Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz bei fahrlässigem Fehlverhalten des Betriebsrats	158
D.	Zusammenfassung	159
I.	Vertragliche Schadensersatzansprüche bei Eingriffen des Arbeitgebers in das Recht am Arbeitsplatz	159
II.	Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 826, 823 II bei Eingriffen Dritter in das Recht am Arbeitsplatz	160
III.	Schutz vor vorsätzlichen Eingriffen des Betriebsrats in das Recht am Arbeitsplatz	160
IV.	Kein Bedürfnis für eine Rechtsfortbildung	160

Literaturverzeichnis

- | | |
|---|---|
| Adomeit | Wahrnehmung berechtigter Interessen
und Notwehrrecht, JZ 1970, 495 |
| Alternativer
Kommentar | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, Bd. 3, Besonderes Schuldrecht,
§§ 433-853, Däubler/Derleder/Dubischer/
Joerges/Kohl/Ott/Reich/Rittstieg/Rüßmann/
Teubner, Neuwied und Darmstadt 1979 |
| Assmann/Kübler | Testhaftung und Testwerbung, ZHR 142, 413 |
| Auffarth/Müller | Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz,
Berlin 1960 |
| Baumbach/Hefermehl | Kommentar zum Wettbewerbsrecht,
13. Auflage, München 1981 |
| Baumert | Die Wirkung des Arbeitskampfs auf
das einzelne Arbeitsverhältnis,
DB 1966, 1891 |
| Beathalter | Die Betriebszugehörigkeit als Rechtsgut,
Diss., Köln 1960 |
| Becker/Etzel/Frie-
drich/Groninger/
Hillebrecht/Rost/
Weigand/Wolf | Gemeinschaftskommentar zum Kündigungs-
schutzgesetz und sonstigen kündigungs-
rechtlichen Vorschriften,
Neuwied und Darmstadt 1981 |
| Bertele | Rechtsnatur und Rechtsfolgen der
Aussperrung, Heidelberg 1960 |
| Bertelsmann | Aussperrung,
Berlin 1979
(Schriften zum Sozial- und
Arbeitsrecht, Bd. 45) |
| Bleistein | Kündigung und Kündigungsschutz im
Arbeitsverhältnis, 2. Auflage,
Berlin 1978 |

Blohm	Schadensersatz bei Druckkündigung, RdA 1955, 303
Bobrowski/Gaul	Das Arbeitsrecht im Betrieb, Bd. II, 7. Auflage, Heidelberg 1979
Böhle/Stamschräder	Kommentar zur Konkursordnung, 13. Auflage, München 1981
Brill/Derleder	Zur zivilrechtlichen Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder, AuR 1980, 353
Brox	Die Folgen des Streiks für die kämpfenden Verbände, JA 1981, 74
ders.	Besonderes Schuldrecht, 10. Auflage, München 1983
Brox/Rüthers	Arbeitskampfrecht, 1. Auflage, Stuttgart 1965 2. Auflage, Stuttgart 1982
Buchner	Die Bedeutung des Rechts am eingerrichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den delikts- rechtlichen Unternehmensschutz, München 1971
Buchner/Roth	Unerlaubte Handlungen, München 1976
Bulla	Boykott und Sperre, AR-Blattei, Arbeitskampf IV
ders.	Das Prinzip der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht, RdA 1962, 6
ders.	Die Kündigung des Arbeitsver- hältnisses unter Druck, Festschrift für A. Hueck, S. 25, München und Berlin 1959

von Caemerer	Wandlungen des Deliktrechts, Karlsruhe 1964
Coen	Das Recht auf Arbeit und der Bestandsschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses, Köln 1979
Coing	Eine neue Entscheidung zur Haftung der Banken wegen Gläubigergefährdung, Besprechung von BGHZ 75, 96, WM 1980, 1026
Deutsch	Entwicklung und Entwicklungstendenzen der Deliktstatbestände, JZ 1963, 85
Dietz/Richardi	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Bd. I, 6. Auflage, München 1981 Bd. II, 6. Auflage, München 1982
Dreher	Kommentar zum Strafgesetzbuch, 41. Auflage, München 1983
Ennecerus/Lehmann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, §§ 1 - 853, 7. Auflage, Münster 1981
Esser/Weyers	Schuldrecht, Bd. II 2, Besonderer Teil, 5. Auflage, Karlsruhe 1979
Fabricius	Einwirkung von Streik und Aussperrung auf den Arbeitsvertrag, RdA 1962, 94

- | | |
|-------------------|--|
| Galperin/Siebert | Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 3. Auflage, Heidelberg 1958 |
| Gamillscheg | Arbeitsrecht,
Bd. I, Individualarbeitsrecht,
Bd. II, Kollektives Arbeitsrecht,
5. Auflage, München 1979 |
| ders. | Die Grundrechte im Arbeitsrecht,
AcP 164, 385 |
| Gamillscheg/Hanau | Die Haftung des Arbeitnehmers,
2. Auflage, München 1974 |
| Gester | Die Haftung des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitnehmer, AuR 1959, 326 |
| Gitter | Schadenausgleich im Arbeitsunfallrecht,
Tübingen 1969 |
| Görg | Entschädigung bei unverschuldetem Verlust des Arbeitsplatzes,
Königstein/Ts. 1979 |
| Gramm | Rechtsnatur und Haftung des Betriebsrats AR-Blattei, (D) Betriebsverfassung VII |
| Gumpert | Anmerkung zum Urteil des BAG vom 22.4.1971, BB 1971, 960 |
| Hafner | Betriebsratstätigkeit und Haftung,
Diss. Augsburg 1965 |
| Hanau/Adomeit | Arbeitsrecht,
6. Auflage, Frankfurt a. M. 1981 |
| Hedemann | Der Arbeitsplatz als Rechtsgut,
RdA 1953, 121 |
| Helle | Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, Tübingen 1969 |

- Henkel Einführung in die Rechtsphilosophie,
2. Auflage, München 1977
- Herschel Druckkündigung und Schadensaus-
gleich, RdA 1953, 41
- ders. Bestandsschutz und Verschuldens-
prinzip im Kündigungsschutz,
BB 1955, 806
- ders. Anmerkung zu BAG AP Nr. 2 zu
§ 9 KSchG 1969
- ders. Druckkündigung und Schadensaus-
gleich, Festschrift für H. Lehmann
zum 80. Geburtstag, Bd. II,
S. 662, Berlin 1956
- ders. Die Betriebszugehörigkeit als ge-
schütztes Rechtsgut, RdA 1960, 121
- ders. Entwicklungstendenzen des Arbeits-
rechts, RdA 1956, 161
- ders. Recht auf Arbeit und Kündigungs-
schutz, BB 1977, 708
- ders. Arbeitsrecht, Heidelberg 1980
- Herschel/Steinmann Kommentar zum Kündigungsschutz-
gesetz,
5. Auflage, Heidelberg 1961
- Hubmann Das Persönlichkeitsrecht,
2. Auflage, Köln und Graz 1967
- Hueck, Alfred Die Pflicht des Arbeitgebers zur
Wiedereinstellung, Festschrift für
J.W. Hedemann zum 80. Geburtstag,
S. 131, Berlin 1958
- Hueck, Götz Kommentar zum Kündigungsschutz-
gesetz,
10. Auflage, München 1980



Hueck/Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Auflage, Bd. I, Berlin und Frankfurt 1963 Bd. II 1, Berlin und Frankfurt 1967 Bd. II 2, Berlin und Frankfurt 1970
Jobs/Bader	Der allgemeine Kündigungsschutz, AR-Blattei. D Kündigungsschutz I, Übersicht
Junker	Die Haftung des Betriebsrats, Diss. Köln 1965
Kaiser	Der politische Streik, 2. Auflage, Berlin 1959
Kamann/Hess/ Schlochauer	Kommentar zum Betriebsverfassungs- gesetz, Neuwied und Darmstadt 1979
Kaskel/Dersch	Arbeitsrecht, 5. Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957
Katz	Das Recht des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz, RdA 1956, 169
Kötz	Deliktsrecht, 2. Auflage, Frankfurt a. M. 1979
Konzen	Der Arbeitskampf im Verfassungs- und Privatrechtssystem, AcP 177, 473
Koziol	Die Beeinträchtigung fremder For- derungsrechte, Wien, New York 1967
Krasser	Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, Köln 1971
Krause	Haftungsfragen beim Mitbestim- mungsrecht, BB 1951, 677

- Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
4. Auflage, Berlin, Heidelberg 1979
- ders. Allgemeiner Teil des deutschen
Bürgerlichen Rechts,
5. Auflage, München 1980
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts,
Bd. I, Allgemeiner Teil,
13. Auflage, München 1982
Bd. II, Besonderer Teil,
12. Auflage, München 1981
- Lepke Zum Problem einer allgemeinen
Beschäftigungspflicht, DB 1971,
478
- Löwisch Besteht ein Grund die Rechtspre-
chung des Bundesarbeitsgerichts
zur Aussperrung zu ändern?
RdA 1980, 1
- ders. Der Deliktschutz relativer Rechte,
Berlin 1970,
- Löwisch/Krauß Der Streik,
AR-Blattei, D Arbeitskampf II
Die Aussperrung,
AR-Blattei, D Arbeitskampf III
- von Mangoldt/Klein Das Bonner Grundgesetz,
Bd. I, 2. Auflage, Berlin,
Frankfurt 1957 - 1974
- Marschall v. Bieber- Reflexschäden und Regreßverbote,
stein Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
1967

- ders. Schadensersatz für Gewinnentgang bei Eigentumsverletzung, Festschrift für E. v. Caemmerer, S. 411, Tübingen 1978
- Martens Das Recht am Arbeitsplatz im Schrifttum und nach der Rechtsprechung des BAG zum KSchG und Arbeitskampf, Diss. Münster 1963
- Maunz Deutsches Staatsrecht, 24. Auflage, München 1982
- Maunz/Düring/
Herzog/Scholz Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, Art. 1 - 19, München 1981
- Maus Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Baden-Baden 1973
- von Maydell Arbeitskampf oder politischer Streik, NJW 1980, 431
- Mayer-Maly Haftung des Arbeitnehmers, AR-Blattei, D, Haftung des Arbeitnehmers, Übersicht
- ders. Anmerkung zu BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG - Arbeitskampf -
- ders. Das Verhältnis der richterlichen Rechtsfortbildung zur arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, RdA 1970, 289
- Medicus Bürgerliches Recht, 10. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1981

Meisel	Politik im Betrieb, RdA 1976, 38
Mentzel/Kuhn	Kommentar zur Konkursordnung, 8. Auflage, München 1976
Mertens	Zur Bankenhaftung wegen Gläubigerbenachteiligung, ZHR 143, 174
ders.	Deliktsrecht und Sonderprivatrecht, AcP 178, 227
Migsch	Die absolut geschützte Rechtsstellung des Arbeitnehmers, München, Salzburg 1972
Molitor	Der Arbeitsplatz, BB 1952, 493
ders.	Grund und Grenzen des Weisungsrechts, RdA 1959, 7
Mugdan	Die gesamten Materialien zum BGB, Bd. I und II, Berlin 1899
von Münch	Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, Art. 1 - 20 2. Auflage, München 1981
Münchener Kommentar	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, §§ 1 - 240, München 1978 Bd. II, §§ 241 - 432, München 1979 Bd. III 1, §§ 433 - 656, München 1980 Bd. III 2, §§ 657 - 853, München 1980
Neumann	Kündigungsabfindung, AR-Blattei, D, Kündigungsschutz VI
Neumann-Duesberg	Das Rechtsverhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber und die Betriebsratschaftung, NJW 1954, 617
ders.	Die Schweigepflicht des Betriebsrats und des Personalrats, BB 1957, 715

- ders. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs und schuldhafte Mitverursachung bei fehlerhaften Betriebsratshandlungen, JR 1955, 205
- ders. Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1960
- Niese Streik und Strafrecht, Tübingen 1954
- Nikisch Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Auflage, Tübingen 1961, Bd. II, 2. Auflage, Tübingen 1959, Bd. III, 2. Auflage, Tübingen 1966
- Nipperdey Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände, NJW 1967, 1985
- ders. Der Arbeitskampf als unerlaubte Handlung, Festschrift für F. Sitzler, S. 79, Stuttgart 1956
- ders. Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante BetrVG geführten Zeitungsstreik vom 27. - 29. Mai entstanden sind. Rechtsgutachten, Köln 1953 (Schriftenreihe der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Heft 9)
- Nolting Die Haftung des Betriebsrats gegenüber Arbeitnehmern unter besonderer Berücksichtigung von personellen Einzelmaßnahmen, Diss. Bielefeld 1980

von der Osten	Die Abfindung nach § 7 des Kündigungsschutzgesetzes, Diss. Göttingen 1967
Olbersdorf	Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, AuR 1955, 125
Palandt	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 42. Auflage, München 1983
Pape	Welche zivilrechtlichen Folgen knüpfen sich an die im modernen Lohnkampf üblichen Verrufserklärungen, insbesondere an das Verbot des Einkaufs und Verkaufs des Arbeitgebers und Arbeitnehmers? Gutachten, Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentages, Bd. 4, S. 246
Peter	Der Arbeitsplatz als geschütztes absolutes Rechtsgut, Diss. Köln 1970
Preuß	Haftung von Personalrats- und Betriebsratsmitgliedern, Diss. Köln 1969
Reiß	Die Rechtsbeziehungen des Betriebsrates zum Arbeitgeber und zur Belegschaft unter besonderer Berücksichtigung der Haftungsfragen, Diss. Würzburg 1971
Reuß	Der politische Arbeitskampf, AuR 1966, 264
ders.	Der sogenannte Käuferstreik, AcP 156, 89

- | | |
|----------------------------|---|
| Reuter | Betriebsverfassung und Privat-
autonomie, ZfA 1975, 85 |
| Richardi | Betriebsverfassung und Privat-
autonomie, Berlin 1973
(Schriftenreihe: Jur. Gesellschaft,
Heft 45, S. 7) |
| Rohlfing/Rewolle/
Bader | Kommentar zum Kündigungsschutz-
gesetz,
9. Ergänzung, Frankfurt a. M.,
Mai 1980 |
| RGRK | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch,
Bd. I, §§ 1 - 240,
12. Auflage, Berlin, New York 1982,
44. Lieferung, §§ 823-831,
12. Auflage, Berlin, New York 1981 |
| Sabel | Das deutsche Betriebsverfassungs-
gesetz, RdA 1952, 281 ff. |
| Säcker | Betriebs- oder unternehmensbe-
zogene Verhaltenspflichten des
Arbeitnehmers und des Betriebs-
rats bei parteipolitischer Betä-
tigung i.S. des § 51 S. 2 BetrVG,
AuR 1965, 353 |
| Seiter | Arbeitskampfparrität und Übermaß-
verbot
Düsseldorf, Frankfurt 1979
(Schriftenreihe: Der Betrieb) |
| ders. | Streikrecht und Aussperrungsrecht,
Tübingen 1975 |
| Siebrecht | Das Recht im Arbeitskampf,
3. Auflage, Köln 1964 |

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der All- gemeinen Geschäftsbedingungen
Alt/Komm	Alternativer Kommentar
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbG	Arbeitsgericht
ARS	Arbeitsrechtliche Sammlung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
Bay OBLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungs- gerichts
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt

Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GK	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
GS	Großer Senat
h.M.	herrschende Meinung
i.S.	im Sinne
i.V.	in Verbindung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KO	Konkursordnung
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kün- digungsschutzgesetz und sonsti- gen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LFG	Lohnfortzahlungsgesetz
Mat.	Materialien
Münch/Komm	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht

RAG	Rechtsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
RVO	Reichsversicherungsordnung
s.	siehe
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Schwbg	Schwerbehindertengesetz
StGB	Strafgesetzbuch
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
vergl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

Einleitung

Wie lebenswichtig der Arbeitsplatz für den Menschen ist, wird nicht erst in der modernen Industriegesellschaft erkannt. Schon seit jeher ist der Mensch zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes auf die Ausnutzung seiner Arbeitskraft angewiesen. Deshalb verbringen auch heute noch die meisten Menschen die längste Zeit ihres Lebens bei der Arbeit. Man muß jedoch davon ausgehen, daß dies nicht der einzige Zweck der Arbeit ist. Vielmehr dient sie dem Menschen auch dazu, sein Leben zu entfalten und zu gestalten. Darüberhinaus kann die Gesellschaft durch die Ergebnisse der Arbeit in ihrer wirtschaftlichen, kulturellen und zivilisatorischen Entwicklung Fortschritte machen.

Die durch die sogenannte zweite industrielle Revolution, das Entstehen neuer Techniken, insbesondere auf dem Gebiete der Elektronik (Computer, Roboter, Bild- und Tonübertragung), hervorgerufene Massenarbeitslosigkeit hat die Wichtigkeit des Arbeitsplatzes für den einzelnen Menschen in jüngster Zeit besonders stark in das Bewußtsein der Öffentlichkeit gerückt. Die Diskussion um die Lösung der Probleme bezieht sich zunächst auf die Frage, ob und wie Gesellschaft und Wirtschaft in der Lage sind, Arbeit für jeden zu schaffen. Der Streit der Gesellschafts- und Wirtschaftswissenschaftler hierüber ist groß. Bis heute zeigt sich keine überzeugende Lösung, weder in der Theorie noch in der Praxis.

Deshalb ist es auch nicht verwunderlich, daß unsere Rechtsordnung sich einer Stellungnahme zu der Grundfrage enthält, ob der einzelne Mensch gegen den Staat

einen Anspruch auf Arbeit oder einen Arbeitsplatz hat. Das Grundgesetz bekennt sich zu den Grundsätzen eines freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates. Eine bestimmte Wirtschaftsverfassung wird von ihm

nicht festgelegt. Der Katalog der Grundrechte enthält keinen Anspruch des einzelnen Bürgers auf einen Arbeitsplatz. Zwar haben alle Deutschen nach Art. 12 GG das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Grundrechte sind von ihrer Konzeption her aber in der Regel keine Leistungsrechte, sondern Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, sich rechtswidriger Eingriffe zu enthalten. Das gilt auch für Art. 12 GG.

Der Ablauf der Vorgänge in der Wirtschafts- und Arbeitswelt der letzten Jahrzehnte hat allerdings in hohem Maße die Erkenntnis darüber gefördert, welchen Schutzes der Arbeitnehmer an seinem vorhandenen Arbeitsplatz bedarf, um ihn vor Willkür, Rücksichtslosigkeit und sozialen und wirtschaftlichen Nachteilen zu bewahren. So ist die Stellung des arbeitenden Menschen in der Volkswirtschaft und Gesellschaft seit Bestehen der Bundesrepublik ganz entscheidend gegenüber früheren Zeiten verbessert worden. Dem Arbeitnehmer stehen auf Grund von Einzelgesetzen, wie z. B. der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Dienst- und Arbeitsrecht, des Betriebsverfassungsgesetzes, des Kündigungsschutzgesetzes, des Gesetzes über den Schutz der erwerbstätigen Mutter, des Schwerbehindertengesetzes etc. sowie auf Grund von Tarifverträgen, die teilweise für allgemein verbindlich erklärt sind, eine Fülle von Rechten, Ansprüchen und Schutzbestimmungen zur Verfügung, die ihn vor Beeinträchtigungen seines Arbeitsplatzes schützen.

Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers könnte auf Grund dessen mit der eines Unternehmers vergleichbar sein. Diese erweist sich infolge der Macht des Faktischen und der Wirkung der Gesetze, aus denen Ansprüche aus Eigentum, Besitz, Patenten, Lizenzen, Firmenrecht etc. hergeleitet werden können, als ein Konglomerat von Sachgesamtheiten und

Rechten. Das Grundgesetz und das Bürgerliche Gesetzbuch haben ein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht ausdrücklich statuiert. Dennoch hat die Rechtsprechung ein solches Recht entwickelt und als sonstiges Recht i.S. des § 823 I BGB anerkannt, um dem Unternehmer notwendigen Schutz gewähren zu können.

Hier soll untersucht werden, ob es zum Schutze des Arbeitnehmers rechtlich geboten ist, das Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. von § 823 I BGB zu verstehen. Eine derartige Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 823 I BGB, die diese Norm entgegen der Intention des Gesetzgebers noch weiter zu einem generalklauselartigen Haftungstatbestand umgestalten würde, sollte nur befürwortet werden, wenn ein hinreichender rechtlicher Schutz nicht schon auf andere Weise mit den vorhandenen Normen zu erreichen ist. In dieser Arbeit sollen deshalb alle Fallgruppen, für die in Rechtsprechung und Schrifttum die Anerkennung eines Rechts am Arbeitsplatz erwogen worden ist, daraufhin untersucht werden, ob und inwieweit eine befriedigende Lösung mit den herkömmlichen rechtlichen Instrumentarien erreicht werden kann.

1. Kapitel:

Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung

In der Literatur ist umstritten, ob das Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I anzuerkennen ist. Die Rechtsprechung hat sich bisher nicht umfassend mit diesem Problem beschäftigt. Ausgelöst wurde die Diskussion, als einige Autoren sowohl für den Fall der Drückkündigung als auch der rechtswidrigen Aussperrung eine interessengerechte Lösung zu finden suchten. Darüberhinaus sind im Laufe der Zeit zahlreiche weitere Beispielsfälle gebildet worden, bei denen zum Schutze des Arbeitnehmers die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz in Erwägung gezogen wird.

Die ältere Literatur beschäftigte sich vor allem mit der Frage, ob sich das Recht am Arbeitsplatz in das System der sonstigen Rechte einfügen läßt. Neue Gesichtspunkte sowohl für als auch gegen die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz sind erst wieder mit Inkrafttreten des BetrVG 1972 vorgebracht worden. Der Anlaß für die erneute Diskussion war die erhebliche Erweiterung der innerbetrieblichen Mitbestimmung durch das BetrVG 1972 und die dadurch bedingte verstärkte Rechtsstellung der Arbeitnehmer.

In der neuesten Literatur wird schließlich nicht mehr versucht, die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz pauschal zu bejahen oder zu verneinen, sondern man bemüht sich um eine differenziertere Lösung. Ob der Arbeitnehmer zu schützen ist, soll nur noch von Fall zu Fall entschieden werden. Ausgangspunkt der Erörterung ist im Gegensatz zur älteren Literatur weniger die Frage, wie sich das Recht am Arbeitsplatz dogmatisch begründen läßt. Die Anerkennung wird vor allem davon abhängig gemacht, ob sie zum Schutze des Arbeitnehmers notwendig ist.

Auf Grund dieser unterschiedlichen Argumentationsweise und

der durch das BetrVG 1972 hervorgebrachten neuen Aspekte soll bei der Darstellung des Meinungsstandes zwischen der älteren und der neueren Literatur nach Inkrafttreten des BetrVG unterschieden werden.

A. Meinungsstand der Literatur bis zum Inkrafttreten
des BetrVG 1972

I. Befürworter des Rechts am Arbeitsplatz

Das Recht am Arbeitsplatz ist erstmals von Hedemann ¹⁾ als sonstiges Recht i.S. des § 823 anerkannt worden. Hedemann stellt heraus, daß der Arbeitsplatz durch die staatliche Verwaltung, das Privatrecht und die Betriebsverfassung in verschiedener Hinsicht geschützt sei und ihm daher ein Rechtswert zuzusprechen sei. An diese Erkenntnis knüpft Hedemann die Frage an, ob das Recht am Arbeitsplatz ein sonstiges Recht i.S. des § 823 I darstellt. Da auch das Recht am Gewerbebetrieb durch § 823 geschützt werde, bestehe kein Grund, dem Arbeitnehmer den Schutz nach § 823 I zu verweigern. Allerdings hält Hedemann den Anwendungsbereich des Rechts am Arbeitsplatz für nur sehr geringfügig. Zu denken sei etwa an den Fall, daß ein Arbeitnehmer einen anderen Kollegen böswillig von dessen Arbeitsplatz verdränge. ²⁾

Nipperdey ³⁾ erörtert das Recht am Arbeitsplatz in Zusammenhang mit dem Arbeitskampfrecht. Nachdem er einen rechtswidrigen Streik als Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gewertet hatte ⁴⁾, sah er sich veranlaßt, aus Gründen der Waffengleichheit auch das Recht am Arbeitsplatz zum Schutze des Arbeitnehmers vor rechtswidrigen Aussperrungen anzuerkennen. Er definiert dieses Recht als den durch einen gültigen Arbeitsvertrag begründeten Anspruch, Betriebsangehöriger zu sein und sich dementsprechend zu betätigen.

1) Hedemann, RdA 1953, 121 ff.

2) Hedemann, RdA 1953, 125

3) Nipperdey, FS - Sitzler, S. 92 ff;

Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 996 ff.

4) Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten, S. 33

Die Einordnung als sonstiges Recht i.S. des § 823 begründet er vor allem mit der geschichtlichen Entwicklung und dem Sinn des Kündigungsschutzes. Eine entscheidende Verbesserung des Kündigungsschutzes habe das KSchG von 1951 gebracht. Dadurch werde der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers so weitgehend geschützt, daß das Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht angesehen werden müsse.⁵⁾

Dieses Ergebnis sieht Nipperdey bestätigt durch Art. 2 GG i.V. mit dem Sozialstaatsprinzip. Das durch Art. 2 I GG gewährleistete Recht der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit dürfte nicht nur einseitig dem Arbeitgeber zukommen.⁶⁾ Das Sozialstaatsprinzip lege dem Arbeitgeber eine gewisse Verantwortung für die Existenzsicherung des Arbeitnehmers auf und schränke als tragender Grundsatz der verfassungsmäßigen Ordnung die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers ein.⁷⁾

Herschel⁸⁾ hat sich in verschiedenen Abhandlungen mit dem Recht am Arbeitsplatz auseinandergesetzt und dabei auf die Ähnlichkeit zwischen Gewerbebetrieb und Arbeitsplatz als potentielle Rechtsgüter hingewiesen. Ihm kam es vor allem darauf an, für das Problem der Druckkündigung eine Lösung zu finden.

5) Vergl. dazu Migsch, S. 34; Görg, S. 165

6) Ähnlich wie Nipperdey beziehen Auffarth-Müller, § 1, Rdnr.22, Neumann-Duesberg, S. 343 und Olbersdorf, S. 137 das Recht am Arbeitsplatz in den Schutzbereich des § 823 I ein, ohne dies jedoch im einzelnen zu begründen.

Beathalter, Diss., S. 25, 52, 58, 63 ff. und Hubmann, S. 187 ff. begründen den absoluten Schutz des Arbeitnehmers allein mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das auch die wirtschaftliche Freiheit und Existenz des Arbeitnehmers schütze.

7) S. dazu auch Peter, Diss., S. 40 ff., der den Schutz des Arbeitsplatzes allein aus der Sozialstaatsklausel herleiten will, da diese unmittelbar im Privatrecht gelte.

8) Herschel, RdA 1953, 42 ff.; RdA 1956, 168 ff.; FS - Lehmann, S. 664; RdA 1960, 121 ff.

Nachdem er zunächst versucht hatte, einen Aufopferungsanspruch des Arbeitnehmers zu begründen, befürwortete er schließlich einen deliktischen Schutz über die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz unter Hinweis auf die Argumente Nipperdeys und Hedemanns.⁹⁾

Unklar sei in der Literatur allerdings, welches Recht überhaupt durch § 823 I geschützt werden solle. Manchmal sei vom Recht am Arbeitsplatz, dann wieder vom Recht auf Betriebszugehörigkeit die Rede. Nach seiner Ansicht ist das Recht am Arbeitsplatz ein Spezialfall des Rechts auf die Betriebszugehörigkeit.

Brox/Rüthers¹⁰⁾ gehen auf die Frage, ob das Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht anzuerkennen ist, ebenfalls im Zusammenhang mit dem Arbeitskampfrecht ein. Sie definieren das Recht am Arbeitsplatz als den Anspruch, Betriebsangehöriger zu sein und dem Vertrag entsprechend beschäftigt zu werden. Die Anerkennung als sonstiges Recht werde durch den Verfassungsgrundsatz der Gleichheit und des sozialen Rechtsstaats gefordert. Anderenfalls sei der Arbeitnehmer gegen rechtswidrige Kampfmaßnahmen weniger geschützt als der Arbeitgeber. Zwar hätten die Arbeitnehmer gegen ihren Arbeitgeber regelmäßig schon vertragliche Schadensersatzansprüche. Eine Haftung des Arbeitgeberverbandes für eine rechtswidrige Aussperrung werde sich aber nur aus unerlaubter Handlung herleiten lassen.

Fabricius¹¹⁾ befaßt sich mit dem Schutze des Arbeitsplatzes im Rahmen der allgemeineren Frage, ob Schuldverhältnissen ein absoluter Schutz gegenüber Dritten zukommt. Diese Frage wird von Fabricius grundsätzlich bejaht, wenn das den Gegenstand des Vertrages bildende Rechtsgut " sozialtypisch offenkundig " ist.

9) Herschel, RdA 1960, 121 ff.

10) Brox/Rüthers, 1. Auflage 1965, S. 119 ff.; mit etwas anderer Begründung in der zweiten Auflage 1982, Brox Rdnr. 346, s. auch Säcker, AuR 1965, 361, FN. 69

11) Fabricius, AcP 160, 273 ff., insbesondere S. 305 ff.

Aus der Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zur Betriebsorganisation sowie der Einordnung des Gewerbebetriebes in den Kreis der sozialtypisch offenkundigen Rechte schließt er, daß auch die Stellung der Arbeitnehmer " sozialtypisch offenkundig " sei. Durch das Recht am Arbeitsplatz werde der im Arbeitsvertrag vorgesehene Tätigkeitsbereich des Arbeitnehmers geschützt. In den Schutzbereich des Rechts am Arbeitsplatz sollen insbesondere alle Verletzungshandlungen einbezogen werden, die einen Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb darstellen, wie etwa Brandstiftung, Druckkündigung, Boykott, die Behinderung Arbeitswilliger durch Streikende etc., aber auch die Aussperrung. ¹²⁾

In einer späteren Abhandlung ¹³⁾ stellt Fabricius in einem anderen Zusammenhang die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz allerdings wieder in Frage, weil der Arbeitsplatz nicht eine ähnlich organisatorische Einheit sei wie der Gewerbebetrieb. Den Schutz des Arbeitsplatzes will er daher nur insoweit aufrechterhalten, als der Arbeitnehmer durch tatsächliche Eingriffe Dritter wie Beschädigung, Zerstörung usw. beeinträchtigt wird.

Für Zeuner ¹⁴⁾ erübrigt sich die spezielle Anerkennung eines Rechts am Arbeitsplatz zugunsten der Arbeitnehmer, da er die berufliche und gewerbliche Tätigkeit als generell durch § 823 geschützt ansieht, ohne daß ein Betrieb oder eine ähnliche organisatorische Einheit Voraussetzung wäre. Die Beschränkung des Schutzes der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit nur auf Gewerbebetriebe, die mit der gegenständlichen Verkörperung des Willens begründet wurde ¹⁵⁾, sei nicht mehr gerechtfertigt, weil

12) Fabricius, AcP 160, 314, FN. 136

13) Fabricius, ZfA 1972, 35 ff.

14) Soergel/Siebert/Zeuner, § 823, Rdnr. 91

15) RGZ 51, 373; 56, 275 f.; 64, 156; 58, 29 f.

die Rechtsprechung heute ein von einer gegenständlichen Verkörperung unabhängiges allgemeines Persönlichkeitsrecht anerkenne.¹⁶⁾ Werde also jemand, der nicht Inhaber eines Betriebes sei, durch einen gegen ihn gerichteten Boykott oder durch Verbreitung abträglicher Werturteile in seiner beruflichen Entwicklung beeinträchtigt, so müsse er genauso geschützt werden wie ein Gewerbetreibender.¹⁷⁾

II. Gegner des Rechts am Arbeitsplatz

Zahlreiche Autoren lehnen eine Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz auch ab. So hält Hueck¹⁸⁾ die Begründung Nipperdeys, der ein absolutes Recht am Arbeitsplatz aus dem KSchG 1951 herleitet, für nicht überzeugend. Zwar werde durch das KSchG das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers in seinem Bestand geschützt, jedoch nur gegenüber dem Arbeitgeber. Siebrecht¹⁹⁾ weist darauf hin, daß das Arbeitsverhältnis sowohl vom Arbeitnehmer als auch vom Arbeitgeber jederzeit gelöst werden könne.

16) Grundlegend BGHZ 13, 334; 15, 258; 24, 76; 24, 208; 26, 349; 27, 285; 30, 7; 31, 308; 33, 22; 35, 363; 39, 124

17) Zahlreiche weitere Autoren befürworten den absoluten Schutz des Arbeitnehmers, ohne eine nähere Begründung zu geben. S. v.Caemmerer, S. 90; Bulla, RdA 1962, 10; Kaskel/Dersch, S. 281; Ennecerus/Lehmann, S. 942; Andere wiederum erkennen zwar ein Recht am Arbeitsplatz an, lassen aber offen, ob es sich dabei um ein absolutes Recht i.S. des § 823 I handelt. S. Katz, RdA 1956, 172; Schüler, AuR 1954, 56 f.; Molitor, BB 1952, 493 ff.; ders. RdA 1959, 7; Gamillscheg, AcP 164, 395; ArbR I, S. 54; Blohm, RdA 1955, 304

18) Hueck, FS-Hedemann, S. 137

19) Siebrecht, S. 89

Der Arbeitgeber sei durch das KSchG lediglich an willkürlichen Kündigungen gehindert, ohne daß dem Arbeitnehmer jedoch ein absoluter Bestandsschutz gewährt würde. Der Schutz des Arbeitnehmers sei nur relativer Natur. ²⁰⁾

Dafür spricht nach Ansicht Huecks die von Nipperdey selbst vorgeschlagene Definition des Rechts am Arbeitsplatz, der damit den durch den "Arbeitsvertrag" begründeten Anspruch, Betriebsangehöriger zu sein und sich dementsprechend zu betätigen, meint. Nikisch ²¹⁾ geht noch einen Schritt weiter und zweifelt schon daran, ob es überhaupt eine terminologische Verbesserung ist, vom Arbeitsplatz statt vom Arbeitsverhältnis zu sprechen. Ein Recht am Arbeitsplatz will er auf jeden Fall nicht anerkennen, weil das mit der Ausgestaltung des Kündigungsrechtes nicht vereinbar sei. ²²⁾ Leite man das Recht am Arbeitsplatz wie Nipperdey aus Art. 2 GG ab, so könne es auch den gegen Kündigungen nicht geschützten Arbeitnehmern nicht verwehrt werden. Das hätte aber zur Folge, daß diese Arbeitnehmer mit Hilfe eines Schadensersatzanspruchs etwas erreichen würden, was nach dem Gesetz nur einen bestimmten Kreis von Arbeitnehmern zugegедacht ist.

Auch das Argument von Nipperdey und Brox, der Grundsatz der Waffengleichheit im Arbeitskampf werde verletzt, wenn man das Recht am Arbeitsplatz nicht als sonstiges Recht einordne, ist für Hueck nicht zwingend. Allein ein rechtsdogmatisches Bedürfnis könne nicht genügen, ein besonderes Recht am Arbeitsplatz zu konstruieren. ²³⁾

20) Zu diesem Ergebnis kommt auch Martens in seiner Dissertation, s. insbesondere S. 57 ff., 83 ff., 38 ff., in der er umfassend erörtert, ob sich aus dem KSchG, dem BetrVG oder dem Sozialstaatsprinzip ein absoluter Schutz herleiten läßt.

21) Nikisch, Bd. I, S. 248

22) Nikisch, Bd. II, S. 127

23) vergl. mit ähnlicher Begründung Bertele, S. 58; Schnorr v. Carolsfeld, S. 22; s. auch Wiedemann, RdA 1961, 1 ff.

Andere Autoren ²⁴⁾ geben zu Bedenken, daß bei einer Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I die Gefahr eine uferlose Haftung des schädigenden Dritten entstehen könne. Sähe man einen Eingriff in den Gewerbebetrieb gleichzeitig als Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz an, so würden durch § 823 mittelbare Eingriffe erfaßt, für die nach der Rechtsordnung eigentlich kein Schadensersatz gewährt werden solle. Deshalb sei auch von den Befürwortern des Rechts am Arbeitsplatz nur ein Schutz gegen absichtliche Eingriffe - insbesondere Druckkündigung - gewollt. In diesen Fällen wird den Arbeitnehmern nach Ansicht Marschall von Biebersteins ²⁵⁾ aber schon hinreichend Schutz durch § 826 gewährt. Gamillscheg ²⁶⁾ will Schutzlücken eher durch vorsichtige Schaffung von Schutzgesetzen i.S. des § 823 II schließen.

B. Meinungsstand der Literatur nach Inkrafttreten des BetrVG 1972

Das BetrVG 1972 hat zu einer erheblichen Erweiterung der innerbetrieblichen Mitbestimmung gegenüber dem BetrVG 1952 und damit zu einer Stärkung der Rechtsstellung der Arbeitnehmer geführt. Das war in der Literatur der Anlaß, die Diskussion um das Recht am Arbeitsplatz wieder aufzunehmen. Es wird vor allem versucht, aus den Vorschriften über einen erzwingbaren Sozialplan (§§ 111 - 113) Argumente für und gegen das Recht am Arbeitsplatz zu gewinnen. So meint Richardi ²⁷⁾ , das Mitbestimmungsrecht im Rahmen

24) Reuß, AcP 156, 102; Marschall v. Bieberstein, S. 285; Gamillscheg AcP 164, 395

25) Marschall von Bieberstein, S. 285

26) Gamillscheg, AcP 164, 395

27) Richardi, S. 42 ff.; s. auch Görg, S. 168

der §§ 111 - 113 BetrVG diene nicht nur einem Interessenausgleich zwischen Arbeitnehmerschaft und Arbeitgeber, der Gesetzgeber berücksichtige damit auch, daß der Arbeitnehmer eine Rechtsstellung erlangt habe, die bei Verlust zu entschädigen sei.²⁸⁾ Im Sozialplan komme der Rechtsgedanke zum Ausdruck, daß der Arbeitnehmer durch seine Arbeit einen Beitrag zum Erfolg des Unternehmens geleistet habe, der mit dem Arbeitsentgelt nicht abgegolten sei. Je länger er bei einem Arbeitgeber beschäftigt sei, desto größer werde sein Interesse, dort auch weiterhin seinen Lebensunterhalt zu verdienen und seine Existenz zu sichern. Durch das Kündigungsschutzgesetz und die Beschränkung der lösenden Aussperrung im Arbeitskampfrecht werde dieses Interesse als Rechtsgut anerkannt. Da ein Bestandsschutz aber im Rahmen der geltenden Wirtschaftsordnung nicht möglich ist, solle eine Entlassung zumindest nicht ohne Entschädigung erfolgen. Damit habe der Arbeitnehmer eine zwar nicht mit dem Eigentum vergleichbare, aber ihm i.S. des § 823 gleichwertige Stellung.

Sowohl Reuter²⁹⁾ als auch Schwerdtner³⁰⁾ messen den §§ 111 - 113 BetrVG 1972 eine andere Bedeutung zu als Richardi. Nach ihren Ansichten dient das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Rahmen der §§ 111 - 113 BetrVG 1972 nicht dem Bestandsschutz des einzelnen Arbeitsverhältnisses, sondern lediglich dem kollektiven Belegschaftsinteresse.

Reuter leitet dieses Ergebnis aus § 113 BetrVG 1972 her, wonach der Arbeitnehmer auch dann einen Anspruch auf Abfindung hat, wenn der Arbeitgeber vom Interessenausgleich abweicht oder aber die Betriebsänderung nach

28) Richardi, S. 45

29) Reuter, ZfA 1975, 94 ff.

30) Schwerdtner, ZfA 1977, 82 ff.

§ 111 BetrVG 1972 durchführt, ohne überhaupt einen Interessenausgleich versucht zu haben. Da die Arbeitnehmer auch dann, wenn der Betriebsrat gar nicht eingeschaltet worden ist, gemäß § 113 BetrVG 1972 eine Abfindung erhalten, liege die Bedeutung der Mitbestimmung des Betriebsrats nicht darin, daß er zugunsten der von einer Entlassung bedrohten Arbeitnehmer überhaupt einen Ausgleich durchsetze. Denn eine höhere Abfindung als auf Grund von § 113 werde der Arbeitnehmer aus einem Sozialplan nicht erhalten, da der Arbeitgeber sich um diesen Preis von der Mitbestimmung freikaufen könne. Die Regelung des § 112 BetrVG 1972 bezwecke somit, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Interesse der ausscheidenden Arbeitnehmer an einer möglichst hohen Abfindung und dem Interesse der verbleibenden Arbeitnehmer an der Funktionsfähigkeit des Unternehmens zu finden.

Da die Mitbestimmung folglich nicht dem Schutz des einzelnen Arbeitnehmers diene, könne daraus kein absolutes Recht des Arbeitnehmers an seinem Arbeitsplatz hergeleitet werden.

Schwerdtner ³¹⁾ weist darauf hin, daß die Ausgleichspflicht aus dem Sozialplan erst von einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern an entstehe. Zweck der §§ 111 - 113 BetrVG 1972 sei es daher nicht, Betriebsänderungen zu verhindern, sondern lediglich, sie zu steuern und zu begrenzen. Außerdem hänge die Gewährung einer Abfindung von Zufälligkeiten ab; denn der Arbeitnehmer habe auf die Zahl seiner Kollegen ebensowenig Einfluß wie auf die Existenz eines Betriebsrates. Nach dem BetrVG 1972 sind aber zur Bildung eines Betriebsrats mindestens sechs Arbeitnehmer erforderlich, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 111 ff. BetrVG 1972 setzt sogar erst dann ein, wenn in dem Betrieb mehr

31) Schwerdtner, ZfA 1977, 83

als 2o wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt werden
(§ 111 BetrVG 1972).

Daraus folge, daß die Ausführungen Richardis für Kleinbetriebe nicht zutreffend seien.

Darüberhinaus bestehe für die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I kein Bedürfnis, da den Arbeitnehmern hinreichender Schutz durch das Arbeitsvertragsrecht gewährt werde. Das gelte insbesondere für den Fall der rechtswidrigen Aussperrung, der überhaupt den Anlaß für die Erörterung dieses Problems gegeben habe.

Auch Söllner ³²⁾ und Zöllner ³³⁾ halten es nicht für notwendig, die Rechtsgüter des § 823 I um ein Recht am Arbeitsplatz zu erweitern, nur um im Arbeitskampfrecht eine gewisse äußerliche Symmetrie schaffen zu können. Ergänzend fügt Zöllner hinzu, daß das Arbeitsverhältnis durch § 613 a zwar einem dinglichen Recht angenähert worden sei, das ändere jedoch nichts an dem relativen Charakter dieses Rechts. Bedeutung habe ein absoluter Schutz nur bei Beeinträchtigungen von dritter Seite. Insoweit würde ein umfassender Schutz nach § 823 I jedoch gerade zu weit gehen.

In den neuesten Stellungnahmen ³⁴⁾ wird übereinstimmend davon ausgegangen, daß in bestimmten Fällen ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers wegen Verletzung seines Rechts am Arbeitsplatz denkbar ist.

Der absolute Schutz des Arbeitnehmers könne allerdings nicht, wie von den Befürwortern des Rechts am Arbeitsplatz in der älteren Literatur vorgeschlagen wird, aus

32) Söllner, S. 206

33) Zöllner, S. 121; ders. in FS - 25 Jahre BAG, S. 745 ff.

34) Brox in Brox/Rüthers, 2. Auflage Rdnr. 346;
Münch/Komm-Mertens, § 823, Rdnr. 518 ff.; Alt/Komm-Derleder, § 823, Rdnr. 52 ff.; Hanau/Adomeit, S. 43;
Marschall v. Bieberstein, FS v. Caemmerer, S. 421 f.;
Esser/Weyers, S. 147; vergl. Herschel, BB 1977, 709

den speziellen gesetzlichen Regelungen zum Schutze der Arbeitnehmer hergeleitet werden. Denn diese Vorschriften gewährten keinen absoluten, sondern nur einen relativen Bestandsschutz und bezögen sich nur auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern. Daher könne ihnen keine Wertung für eine absolut geschützte Rechtsstellung der Arbeitnehmer entnommen werden. Damit werden die von der älteren Literatur ³⁵⁾ geltend gemachten Einwände gegen das Recht am Arbeitsplatz aufgegriffen und berücksichtigt. Trotzdem soll die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I nicht ausgeschlossen sein. Denn auch das Recht am Gewerbebetrieb habe sich als sonstiges Recht durchgesetzt, obwohl dagegen gleichermaßen dogmatische Bedenken bestanden hätten. Für die neuere Literatur ist nicht die dogmatische Begründbarkeit des Rechts am Arbeitsplatz entscheidend, sondern vor allem die Frage, ob für die Anerkennung dieses Rechts überhaupt ein Schutzbedürfnis besteht. Die Notwendigkeit, den Arbeitnehmer durch das Recht am Arbeitsplatz zu schützen, wird im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verneint. Der Arbeitnehmer werde ausreichend durch das KSchG, Lohnfortzahlungsansprüche und die sonstigen vertraglichen Ansprüche geschützt. Zudem solle durch die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz die deliktische Haftung nicht in den Bereich vertragswidrigen Verhaltens ausgeweitet werden. ³⁶⁾

Schutzbedürftig sei der Arbeitnehmer aber bei Eingriffen Dritter. Das gelte insbesondere dann, wenn sich diese Eingriffe gezielt gegen den Arbeitnehmer als Inhaber des Arbeitsplatzes richteten. So könne das Recht am Arbeitsplatz etwa durch die Aufforderung zum Boykott, die Ver-

35) S. oben S. 10 ff.

36) Brox in Brox/Rüthers, Rdnr. 346; Marschall v. Bieberstein, FS v. Caemmerer, S. 421; vergl. Münch/Komm-Mertens, § 823, Rdnr. 518

breitung abträglicher Werturteile oder durch die Veranlassung einer Drückkündigung verletzt werden.

In diesen Fällen sei es nicht gerechtfertigt, den Schutz wirtschaftlicher Betätigung auf Gewerbebetriebe zu beschränken.³⁷⁾ Das ergebe sich aus den Verfassungsgrundsätzen der Gleichheit, des sozialen Rechtsstaates und vor allem aus Art. 12 GG, der die unselbständige berufliche Betätigung genauso schütze wie die selbständige. Problematisch sei jedoch, ob auch Eingriffe Dritter in das Recht am Gewerbebetrieb, die zum Verlust von Arbeitsplätzen führen, Schadensersatzansprüche nach § 823 I wegen Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz auslösen können. Dabei werde der Arbeitsplatz als Rechtsgut nämlich nur mittelbar beeinträchtigt.

Um eine schrankenlose Haftung zu verhindern, könne nicht jede rechtswidrige Beeinträchtigung des Unternehmens zugleich eine Beeinträchtigung des Arbeitsplatzes darstellen. Tatbestandsmäßig sollen aber die Fälle sein, in denen gezielt ein Unternehmen mit seinen Arbeitsplätzen vernichtet wird.³⁸⁾ Dagegen wendet Schlüter³⁹⁾ allerdings ein, daß die Fälle gezielter Vernichtung schon über § 826 erfaßt werden könnten. Damit erübrige sich in diesem Bereich die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz.

C. Der Standpunkt der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich bisher nicht umfassend mit der Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz auseinandergesetzt.

37) Alt/Komm-Derleder, § 823, Rdnr. 49; Münch/Komm-Mertens, § 823, Rdnr. 519; Brox in Brox/Rüthers, Rdnr. 346; Esser/Weyers, SchuldR BT, Bd. II 2, S. 147; Herschel, BB 1977, 709

38) Münch/Komm-Mertens, § 823, Rdnr. 519; Esser/Weyers, S. 147; vergl. Marschall v. Bieberstein, FS v. Caemmerer, S. 421; Schlüter in Brox/Rüthers, Rdnr. 404

39) Schlüter in Brox/Rüthers, Rdnr. 404

Vom Reichsgericht wurde ein solches Recht in ständiger Rechtsprechung ⁴⁰⁾ abgelehnt, da es sich nicht in das System des § 823 I einfügen lasse. Aus dem Gesetzestext könne nicht hergeleitet werden, daß die in § 823 I zuerst aufgeführten Lebensgüter als bloße Beispiele von Rechten genannt und somit als wirkliche Rechte anerkannt worden seien. Über die in dem Gesetzestext genannten Rechtsgüter hinaus habe daher das Gesetz seinen Schutz durch die Worte " oder ein sonstiges Recht " nicht noch auf andere derartige Rechtsgüter wie beispielsweise den Arbeitsplatz ausdehnen wollen. Bei diesen Ausführungen des Reichsgerichts handelt es sich vorwiegend um obiter dicta, die im Zusammenhang mit Ansprüchen eines Gewerbetreibenden aus § 823 I wegen Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb gemacht worden sind. Lediglich in RGZ 51, 369 ff. wurden Schadensersatzansprüche von den Arbeitnehmern eines Betriebes geltend gemacht, die nach ihrer Kündigung keine Einstellung mehr fanden, da ihr früherer Arbeitgeber an andere Unternehmer ein Rundschreiben geschickt hatte mit der Aufforderung, die Arbeitnehmer nicht einzustellen.

Das Arbeitsgericht Wilhelmshaven ⁴¹⁾ hat den deliktischen Schutz des Arbeitsplatzes ausdrücklich in einem Fall bejaht, in dem ein Vorgesetzter einen Arbeitnehmer aus Rache an einen schlechter bezahlten Arbeitsplatz versetzt hatte. Die Prüfung des in diesem Fall naheliegenden § 826 hielt das Arbeitsgericht nicht für notwendig, obwohl sich die beiden Parteien darauf berufen hatten.

Das LAG Düsseldorf ⁴²⁾ meint in einem obiter dictum sogar, das Recht am Arbeitsplatz sei nach " herrschender Meinung " ein sonstiges Recht i.S. des § 823. In der Entscheidung ging es um die Haftung der Gewerkschaft

40) RGZ 51, 373; 56, 275 f.; 58, 29; 64, 156

41) ArbG Wilhelmshaven, AP Nr. 1 zu § 823

42) LAG Düsseldorf, BB 1956, 268

für einen Funktionär, der einem Arbeitswilligen den Zutritt zum Betrieb verweigert hatte. Auf das Recht am Arbeitsplatz kam es letztlich nicht an, da der betroffene Arbeitnehmer die falsche Partei verklagt hatte.

Das BAG ⁴³⁾ hat sich in zwei Entscheidungen über befristete Arbeitsverträge dahingehend geäußert, daß der Arbeitnehmer durch die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit ein Recht auf die Arbeitsstelle erworben habe. § 1 KSchG, der den Arbeitnehmern bei mehr als sechsmonatiger Zugehörigkeit zum Betrieb schütze, enthalte das als allgemeinen Rechtsgedanken.

In einer anderen Entscheidung hält das BAG ⁴⁴⁾ die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz für denkbar, läßt die Frage aber offen.

Schließlich hatte das BAG ⁴⁵⁾ darauf einzugehen, ob das Recht am Arbeitsplatz ein notwehrfähiges Gut i.S. des § 227 BGB sei. Das wurde verneint. Zweifelhaft ist, ob sich das BAG damit mittelbar auch gegen das Recht am Arbeitsplatz als Schutzgut des § 823 ausgesprochen hat. Das könnte man bejahen, weil das BAG die Notwehrfähigkeit mit der speziellen Regelung des Arbeitsplatzes durch das KSchG abgelehnt hat. Das sind Erwägungen, die früher von Nikisch ⁴⁶⁾ und Hueck ⁴⁷⁾ gegen die Anerkennung eines Rechts am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I geltend gemacht worden sind. Gegen diese Annahme spricht aber, daß in der Literatur schon streitig ist, ob die Rahmenrechte des § 823 überhaupt notwehrfähig sein können. ⁴⁸⁾ Die ablehnende Haltung des BAG könnte also auch darauf beruhen.

43) BAGE 1, 132; BAG AP Nr. 1 zu § 62o Befristeter Arbeitsvertrag

44) BAG, BB 1971, 133; der Sachverhalt ist nicht veröffentlicht worden.

45) BAG AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

46) Nikisch, Bd. II, S. 127 f.

47) Hueck, FS - Hedemann, S. 137

48) Baumert, DB 1966, 1891; Adomeit, JZ 1970, 449 f.; Soergel/Siebert/Fahse, § 227, Rdnr. 5

2. Kapitel:

Das Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I.

Aus der Darstellung des Meinungsstandes geht hervor, daß Inhalt und Umfang des Rechts am Arbeitsplatz unklar sind.

Die Befürworter des Rechts am Arbeitsplatz der älteren Literatur treten für einen umfassenden Schutz der Arbeitnehmer ein. So wollen sie die Arbeitnehmer vor jeder Art von Eingriffen schützen, gleich ob sie mittelbar oder unmittelbar, vom Arbeitgeber ¹⁾, Arbeitskollegen oder Dritten verursacht worden sind. Dieser umfassende Schutz resultiert häufig nur aus dem Bedürfnis, den Arbeitnehmer in einzelnen Fallgestaltungen, insbesondere der Aussperrung und der Druckkündigung, schützen zu können. Was darüberhinaus Inhalt des Rechts am Arbeitsplatz sein soll, wird nicht einheitlich beurteilt. Während von einigen Autoren der Arbeitsplatz nur in seinem Bestand geschützt werden soll ²⁾, wollen andere weitgehend die inhaltliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses in den Schutzbereich des Rechts am Arbeitsplatz einbeziehen. ³⁾ Danach kann das Recht am Arbeitsplatz auch durch ungerechtfertigte Versetzungen sowie durch sonstige Maßnahmen des Arbeitgebers, durch die der Arbeitnehmer ohne Grund seinen Lohnanspruch verliert, verletzt werden.

In der neueren Literatur wird dagegen vorgeschlagen, den Schutzbereich des Rechts am Arbeitsplatz auf Eingriffe Dritter zu beschränken. Dabei ist unklar, ob und inwie-

1) Lediglich eine ungerechtfertigte Kündigung durch den Arbeitgeber soll nicht in den Schutzbereich des Rechts am Arbeitsplatz fallen, da die Vorschriften des KSchG spezieller seien - S. Herschel, RdA 1960, 125; Fabricius, AcP 160, 314

2) S. z.B. Nipperdey, FS - Sitzler, S. 92 ff.; Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 996 ff.; Brox/Rüthers, 1. Auflage S. 119 ff.

3) S. z.B. Peter, Diss., S. 24; Fabricius, AcP 160, 307 ff.

weit mittelbare Eingriffe erfaßt werden sollen. Der Versuch, das Recht am Arbeitsplatz abstrakt zu umschreiben, wird nicht mehr unternommen. Eine Definition erübrigt sich auch, da Schutzbereich und Inhalt des Rechts am Arbeitsplatz letztlich nach der Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer bestimmt werden.

Das Recht am Arbeitsplatz ist also nicht eine ähnlich fest umrissene Rechtsposition wie beispielsweise das Eigentumsrecht. Während sich beim Eigentumsrecht ein tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Eingriff eindeutig ermitteln läßt, ist beim Recht am Arbeitsplatz wegen seiner unklaren Konturen ein Verhalten nicht ohne weiteres als tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Eingriff zu qualifizieren.

Da aber der Inhalt der sonstigen Rechte durch den Eigentumsbegriff geprägt wird ⁴⁾, erscheint es zweifelhaft, ob sich das Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I einordnen läßt. Daß sonstige Rechte eigentumsähnliche, absolute Rechte sein müssen, ergibt sich aus der Satzstellung des § 823. Da das sonstige Recht dort im Anschluß an das Eigentum genannt ist, kann es sich auch nur darauf beziehen. ⁵⁾

Absolute Rechte wie das Eigentum sind Herrschaftsrechte, denen ein bestimmter Zuweisungsgehalt und eine Ausschlußfunktion Dritten gegenüber zukommt. ⁶⁾

4) So die h.M. - RGRK - Steffen, § 823, Rdnr. 26; Palandt/Thomas, § 823, Anm. 6; Erman/Drees, § 823, Rdnr. 24; Fikentscher, S. 632; Buchner, S. 22; Ennecerus/Lehmann, S. 938 ff.; Larenz, SchuldR BT, Bd. II, S. 603

5) Die Entstehungsgeschichte ist insofern nicht eindeutig - Mugdan Mar., Bd. II, S. 406 ff; Motive, Bd. II, S. 728; Protokolle, S. 2722 ff., 8494; vergl. RGRK-Steffen, § 823, Rdnr. 26; Staudinger/Schäfer, § 823, Rdnr. 53; Buchner, S. 20

6) Larenz, SchuldR BT, Bd. II, S. 603; Fikentscher, S. 632; RGRK - Steffen, § 823, Rdnr. 26; Nipperdey, NJW 1967, 1986; Buchner/Roth, S. 12

Soweit die dem Berechtigten zugewiesene Herrschaftsmacht reicht, sind alle anderen von der Einwirkung ausgeschlossen. Ein absolutes Recht bindet alle Personen und kann daher auch von allen verletzt werden. Nach Vorstellung des Gesetzgebers sollte der Begriff der sonstigen Rechte auf die von der Rechtsordnung als absolute Rechte ausgestaltete und umschriebenen Rechte beschränkt bleiben. ⁷⁾

Allerdings will eine Mindermeinung ⁸⁾ den Anwendungsbereich der sonstigen Rechte auf relative Rechte ausdehnen. Nach Ansicht von Löwisch und Koziol sollen alle subjektiven Rechte, also auch Forderungsrechte, insoweit gegen Verletzungshandlungen Dritter geschützt sein, als es sich bei der Verletzungshandlung um ein " subjektiv oder ihrem objektivem Erscheinungsbild nach gegen das Recht eines anderen gerichtete Handlung handelt ". ⁹⁾

Fabricius will alle sozialtypisch offenkundigen Rechte bzw. Rechtsgüter in die Kategorie der sonstigen Rechte einordnen. ¹⁰⁾

Für eine solch weitgehende Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 823 I besteht jedoch kein schutzwertes Interesse. Die Folgen einer Forderungsverletzung werden in der Regel durch das allgemeine Schuldrecht erfaßt. ¹¹⁾

7) RGZ 51, 373; 95, 174; RGRK-Steffen, § 823, Rdnr. 5

8) Löwisch, Der Deliktsschutz relativer Rechte; Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte; Fabricius, Zur Dogmatik des sonstigen Rechts, AcP 160, 273 ff.

9) Löwisch, S. 76, 134 ff.

10) s. schon auf S. 8

11) Soergel/Siebert/Zeuner, § 823, Rdnr. 34; Erman/Drees, § 823, Rdnr. 25; Palandt/Thomas, § 823, Anm. 6 k; Medicus Rdnr. 610; Fikentscher, S. 633

Zudem würde eine generelle - deliktisch sanktionierte - Rechtspflicht, in die Abwicklung fremder Rechtsbeziehungen nicht störend einzugreifen, ein unerträgliches Handlungsrisiko für jedermann schaffen. 12)

Dementsprechend können grundsätzlich nur absolute Rechte sonstige Rechte i.S. des § 823 I darstellen. Das Recht am Arbeitsplatz ist kein absolutes Recht im oben beschriebenen Sinne. So ist das Recht am Arbeitsplatz nicht in der Rechtsordnung als absolutes Recht ausgestaltet oder umschrieben. Die Rechtsordnung schützt den Arbeitnehmer zwar durch viele Einzelbestimmungen wie beispielsweise das KSchG oder § 613 a vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes. Die Vorschriften betreffen aber nur das Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber und bieten auch diesem gegenüber nur einen beschränkten Bestandsschutz. Daher überzeugt es nicht, wenn versucht wird, daraus eine absolut geschützte Stellung des Arbeitnehmers herzuleiten. 13)

Weiterhin kommt dem Arbeitnehmer nicht die für ein absolutes Recht typische Herrschaftsmacht über seinen Arbeitsplatz zu. Der Arbeitsplatz ist zwar für den Arbeitnehmer regelmäßig die wirtschaftliche Grundlage seiner Existenz, er ist aber weder Bestandteil seines Vermögens noch unterliegt er seiner Verfügungsbefugnis. Denn durch das Arbeitsverhältnis wird keine Teilnahme des Arbeitnehmers am Betrieb begründet.

Schließlich hat das Recht am Arbeitsplatz im Gegensatz zum Eigentum weder fest und klar umrissene Konturen 14)

12) Münch/Komm-Mertens, § 823, Rdnr. 109; Staudinger/Schäfer, § 823, Rdnr. 58; mit ausführlicher Begründung Krasser, S. 158 ff., 200

Herschel
13) S.Nipperdey, FS - Sitzler, S. 92 ff.; RdA 1960, 121 ff.

14) S. oben S. 21

noch eine ähnlich statische Ausschluß- und Abwehrfunktion Dritten gegenüber. Immer muß erst im Wege einer Interessenabwägung ermittelt werden, ob ein tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Eingriff in das Recht am Arbeitsplatz gegeben ist. Einen solchen offenen Tatbestand, der § 823 I den Charakter einer Generalklausel vermittelt, wollte der Gesetzgeber ¹⁵⁾ jedoch gerade nicht schaffen.

Trotz dieser Bedenken, die gegen die Einordnung des Rechts am Arbeitsplatz als sonstiges Recht bestehen, ist ein deliktischer Schutz des Arbeitsplatzes gemäß § 823 I aber nicht ausgeschlossen.

Die Rechtsprechung hat auch das Recht am Gewerbebetrieb ¹⁶⁾ und das allgemeine Persönlichkeitsrecht ¹⁷⁾ als sonstige Rechte anerkannt, obwohl dagegen ähnliche Einwände geltend gemacht wurden. Bei beiden Rechten handelt es sich wie bei dem Recht am Arbeitsplatz um Generalklauseln, ohne die für das Eigentum typischen festen Konturen, bei denen erst im Wege einer umfassenden Güter- und Pflichtenabwägung eine rechtswidrige und damit tatbestandsmäßige Verletzung festgestellt werden muß. ¹⁸⁾ Die Rechtsprechung hat den vom Gesetz gezogenen Rahmen der sonstigen Rechte durchbrochen, da weder der Gewerbetreibende noch die Persönlichkeit des einzelnen hinreichend durch das Gesetz geschützt wurden. Dementsprechend könnte man sich auch beim Recht am Arbeitsplatz über die dogmatischen Bedenken hinwegsetzen und den Arbeitnehmern im Wege richterlicher Rechtsfort-

15) Mugdan Mat., Bd. II, S. 404 ff.

16) Seit RGZ 58, 24; 94, 248; 100, 213; 102, 223; 141, 336; BGHZ 3, 279; 8, 142; 29, 65; 45, 307; 59, 34; 65, 339; 74, 14

17) Seit BGHZ 13, 334; 15, 257; 24, 76; 24, 208; 26, 349; 27, 285; 30, 7; 31, 308; 33, 22; 35, 363; 39, 124

18) S. neuerdings zum allg. Persönlichkeitsrecht - BVerfG, NJW 1982, 2655

bildung umfassenden deliktischen Schutz gewähren . 19)
Allerdings besteht in der Rechtsprechung seit einiger
Zeit die Tendenz, die Grenzen des Rechts am Gewerbe-
betrieb mehr und mehr zu betonen. Nachdem die Recht-
sprechung den Gewerbetreibenden zunächst in seinem
" gesamten gewerblichen Tätigkeitskreis " 20) schützen
wollte, sah sie sich später wieder von der Aufgabe, den
Anwendungsbereich des Rechts am Gewerbebetrieb ein-
schränken zu müssen, um der Gefahr einer uferlosen
Haftung zu begegnen. Inzwischen wird hervorgehoben, daß
mit dem Recht am Gewerbebetrieb nur ein Auffangtatbe-
stand geschaffen worden sei 21) , der in erster Linie
Lücken füllen solle und deshalb gegenüber anderen Rechts-
grundlagen zurückzutreten habe. Tatbestandlich versucht
die Rechtsprechung eine Beschränkung der Haftung dadurch
zu erreichen, daß sie für eine Verletzung des § 823 einen
unmittelbaren 22) , bzw. heute einen betriebsbezogenen 23)
Eingriff verlangt. Es hat sich jedoch herausgestellt,
daß beide Begriffe nicht geeignet sind, den Tatbestand
des Rechts am Gewerbebetrieb eindeutig zu begrenzen, da
die Ausfüllung dieser beiden Begriffe selbst nicht gelungen
ist. Welche Eingriffe nach der Rechtsprechung tatbe-
standsmäßig und rechtswidrig sein sollen, läßt sich dem-
nach nicht genau vorhersehen. 24)

19) Zur Rechtsfortbildung beim Recht am Gewerbebetrieb
s. Buchner, S. 34 ff., 61

20) S. insbesondere BGHZ 3, 279

21) BGHZ 36, 257; 38, 204; 45, 307; 59, 34; BGH NJW
1971, 886; NJW 1977, 1877; NJW 1980, 882; NJW 1981, 1090

22) RGZ 79, 226, 102, 223; 126, 96

23) BGH NJW 1971, 888; NJW 1976, 1741; NJW 1977, 1877;
NJW 1980, 882; NJW 1981, 1090 f.; BGHZ 29, 65, 72

24) Buchner, S. 82; Münch/Komm-Mertens, § 823, Rdnr. 486;
Esser/Weyers, SchuldR BT, Bd. II 2, S. 144

Die zwangsläufig auch mit der Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz verbundenen Schwierigkeiten, den Inhalt und die Grenzen dieses Rechts aufzuzeigen, sollten nur dann in Kauf genommen werden, wenn ein dringendes rechtspolitisches Bedürfnis besteht, den Arbeitnehmer durch eine Generalklausel umfassend zu schützen. ²⁵⁾ Die Anerkennung würde sich also erübrigen, wenn der Arbeitnehmer schon durch die Rechtsordnung im übrigen hinreichend geschützt wäre. Das ist dann der Fall, wenn die Sachverhalte, bei denen eine Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz in Betracht kommt, schon über andere Anspruchsgrundlagen gelöst werden könnten.

Daraufhin sollen in der folgenden Untersuchung die möglichen Anwendungsfälle eines Rechts am Arbeitsplatz überprüft werden. Bei der Darstellung der Fallgruppen wird zwischen Eingriffen des Arbeitgebers, Dritter und des Betriebsrats unterschieden. In jedem einzelnen Beispielsfall soll versucht werden, mit Hilfe der herkömmlichen Anspruchsgrundlagen eine Lösung zu finden. Bei Eingriffen des Arbeitgebers kommen dabei vorwiegend vertragliche Ansprüche in Betracht, bei Eingriffen Dritter und des Betriebsrats deliktische Anspruchsgrundlagen, insbesondere § 826 und § 823 II. Sollte sich herausstellen, daß der Arbeitnehmer in dem jeweiligen Fall durch die herkömmlichen Anspruchsgrundlagen ähnlich weitgehend geschützt wird wie er das im Falle der Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz wäre, besteht kein Bedürfnis, den Kreis der sonstigen Rechte um ein Recht am Arbeitsplatz zu erweitern. Ist der Arbeitnehmer dagegen schutzlos, ist die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz in Erwägung zu ziehen. Diese kommt aber auch nur dann in Betracht, wenn ein erweiterter Schutz des Arbeitnehmers mit den Wertungen der Rechtsordnung vereinbar ist.

25) Nur dann ist eine Rechtsfortbildung überhaupt zulässig, vergl. Buchner zum Recht am Gewerbebetrieb, S. 246 m.w.N.

3. Kapitel:

Fallgruppen

A. Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz durch den Arbeitgeber

I. Durch eine Aussperrung

Die Frage, ob ein Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 anzuerkennen ist, wird häufig im Zusammenhang mit der Aussperrung erörtert. ¹⁾ Da der Arbeitgeber im Falle eines Streiks durch Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb geschützt wird, soll auch dem Arbeitnehmer aus Gründen der Waffengleichheit ein Recht am Arbeitsplatz gewährt werden.

Welche Ansprüche der Arbeitnehmer im Falle einer Aussperrung gegen den Arbeitgeber geltend machen kann, hängt zunächst davon ab, ob diese rechtmäßig oder rechtswidrig ist.

1) Rechtmäßige Aussperrung

Bei einer rechtmäßigen Aussperrung ²⁾ kommen weder vertragliche noch deliktische Schadensersatzansprüche in Frage; denn wenn das Recht zum Arbeitskampf durch Art. 9 GG als Einrichtung garantiert wird, kann die Ausübung dieses Rechts nicht gleichzeitig eine Verletzung des Arbeitsvertrages oder eines Rechts am Arbeitsplatz bedeuten (Einheitstheorie) . ³⁾

1) Nipperdey, FS - Sitzler, S. 92 ff.; Brox/Rüthers, 1. Auflage 1965, S. 119 ff.; Brox in Brox/Rüthers, 2. Auflage 1982, Rdnr. 346; Säcker, AuR 1965, 361, FN 69; Zöllner, S. 238; Söllner, S. 206; Schwerdtner, ZfA 1977, 84

2) Nach der Rechtsprechung des BAG - AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, WM 1980, 829 ff. - muß das Kampfmittel der Aussperrung aus Gründen der Kampfparität für den Arbeitgeber verfügbar sein.

3) Brox in Brox/Rüthers, Rdnr. 288; Maunz/Düring/Herzog/Scholz Art. 9, Rdnr. 309; Scholz/Konzen, S. 54; Konzen, AcP 177, 494 ff.; Zöllner, S. 308; Bertelsmann, S. 136 ff.; Söllner, S. 94; Schaub, S. 1149

Andernfalls würde die durch die Verfassung gewährleistete institutionelle Garantie des Arbeitskampfs mißachtet und damit das Recht zum Arbeitskampf praktisch entwertet. Deshalb bewirkt die rechtmäßige Aussperrung entweder die Suspendierung der beiderseitigen Hauptpflichten - d.h. der Arbeitnehmer ist nicht zur Arbeitsleistung, der Arbeitgeber für die Zeit der Aussperrung nicht zur Zahlung des Arbeitslohnes verpflichtet - oder aber im Falle der lösenden Aussperrung ⁴⁾ die Beendigung aller arbeitsvertraglichen Hauptpflichten.

Bei dieser Fallkonstellation stellt sich demnach nicht die Frage, ob ein Bedürfnis besteht, das Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht anzuerkennen.

2) Rechtswidrige Aussperrung

Eine Aussperrung ist zwar als Kampfmittel des Arbeitgebers grundsätzlich zulässig; das bedeutet jedoch nicht, daß ihr in keiner Hinsicht Grenzen gesetzt sind. Die Aussperrung berührt verschiedene Teilordnungen des Rechts, so daß sie auch in mehrfacher Hinsicht gegen die Rechtsordnung verstoßen kann. Eine Aussperrung ist insbesondere rechtswidrig, wenn sie gegen die Verfassung verstößt, tarifvertrags- bzw. tarifgesetzwidrig, betriebsverfassungswidrig oder unverhältnismäßig ist.

Ist eine Aussperrung rechtswidrig, so führt sie nicht zur Suspendierung der beiderseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag. ⁵⁾ Der Arbeitgeber bleibt also weiterhin zur Lohnzahlung verpflichtet. Demzufolge stellt

4) Es ist umstritten, ob eine lösende Aussperrung zulässig ist. Das wird bejaht vom BAG - GS AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf - unter Wahrung des Gebots der Verhältnismäßigkeit.

S. dazu kritisch: Brox und Rütters in Brox/Rütters, Rdnr. 314, 205; Zöllner, S. 310; Hanau/Adomeit, S. 76; Bertelsmann, S. 182 ff.; Scholz/Konzen, S. 233 ff.

5) Allgemeine Meinung; vergl. statt vieler; Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 953; Söllner, S. 99; Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, B II 3 a

sich die Frage, welche Ansprüche dem Arbeitnehmer zustehen, der von seinem Arbeitgeber Ersatz des ausgefallenen Lohns sowie dadurch verursachter weiterer Schäden verlangt. Über den Lohnausfall hinaus können als weitere Schäden beispielsweise Kreditzinsen entstehen, wenn der Lohnausfall länger andauert und der Arbeitnehmer dadurch gezwungen ist, einen Kredit aufzunehmen, oder aber die durch die Pfändung von Wohnungseinrichtung etc. verursachten Verluste. Zunächst sollen die Ansprüche auf Ersatz des Lohnausfalls, danach die auf Ersatz der darüberhinausgehenden Schäden geprüft werden.

a) Ansprüche auf Ersatz des Lohnausfalls

- aa) Der Anspruch der Arbeitnehmer auf Ersatz des ihnen durch eine rechtswidrige Aussperrung entstandenen Lohnausfalls ergibt sich aus § 615 BGB. Danach bleibt der Arbeitgeber zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn er mit der Annahme der Dienste in Verzug ist. Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges (§§ 293 ff.) sind im Falle einer rechtswidrigen Aussperrung regelmäßig erfüllt. Da die beiderseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag durch eine rechtswidrige Aussperrung nicht suspendiert sind, besteht zwischen Arbeitnehmern und dem Arbeitgeber ein erfüllbares Arbeitsverhältnis. Das ist nur ausnahmsweise nicht der Fall, wenn die rechtswidrige Aussperrung eine Reaktion auf einen rechtmäßigen Streik darstellt. Denn dann hat der rechtmäßige Streik schon zur Suspendierung der Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag geführt. Wird durch eine rechtswidrige Abwehraussperrung aber der Kampfrahmen erweitert, so daß davon Arbeitnehmer betroffen sind, die bisher noch nicht gestreikt haben, bleiben insoweit die Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag wiederum bestehen.

Das gleiche gilt für die rechtswidrige Angriffsaussperrung.⁶⁾

6) Auch die Zulässigkeit der Angriffsaussperrung ist nicht unumstritten. Vergl. zum Meinungsstand: Seiter, S. 330 ff. und Rüthers in Brox/Rüthers, RdNr. 186 ff., jeweils m.w.N.

Um den Arbeitgeber in Annahmeverzug setzen zu können, muß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Leistung grundsätzlich anbieten (§ 293 ff.). Im Falle der Aussperrung ist das Angebot jedoch ausnahmsweise entbehrlich, da der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eindeutig zu erkennen gibt, daß er die Arbeitsleistung vorerst nicht annehmen will. Wenn es offenkundig ist, daß der Gläubiger auf der Annahmeverweigerung beharrt, widerspräche es Treu und Glauben, den Schuldner dennoch zu verpflichten, seine Arbeitsleistung anzubieten. 7)

Der Schuldner muß weiterhin zur Leistung bereit und imstande sein (§ 297). Ist zur Arbeitsleistung eine Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers erforderlich, so ist zur Prüfung der Frage, ob der Arbeitnehmer zur Leistung imstande ist, diese zu unterstellen. 8) Stellt sich heraus, daß die Erbringung der Arbeitsleistung unmöglich ist, kommt nicht § 615, sondern es kommen die §§ 323 - 325 zur Anwendung. 9) Hätte der Arbeitgeber die Arbeitnehmer nicht durch die Aussperrung am Betreten des Betriebes gehindert, wären sie zur Leistung bereit und imstande gewesen, vorausgesetzt, daß die Arbeitsleistung nicht aus anderen Gründen unmöglich gewesen ist.

Der Arbeitgeber darf schließlich die mögliche Arbeitsleistung nicht angenommen haben. Dabei setzt § 615 nicht voraus, daß die Nichtannahme der Dienste schuldhaft erfolgt. 10)

7) Palandt/Heinrichs, § 295, Anm. 4; Soergel/Siebert/Schmidt, § 295, Rdnr. 1; Brox in Brox/Rüthers, Rdnr. 342; Siebrecht, S. 115; BAGE 22, 116 f.; BAG AP Nr. 24 zu § 615 mit Anm. v. A. Hueck

8) Schaub, S. 218 ; BAG AP Nr. 18 zu § 615

9) Schaub, S. 219 , 221; Söllner, S. 220; Zöllner, S. 137

10) Münch/Komm-Schaub, § 615, Rdnr. 27; Soergel/Siebert/Kraft, § 615, Rdnr. 14; Palandt/Putzo, § 615, Anm. 2 c aa, BAG AP Nr. 27 zu § 615

Mit der Aussperrung verweigert der Arbeitgeber die Annahme der Dienste. Da insoweit kein Verschulden erforderlich ist, liegen die Voraussetzungen des Annahmeverzugs auch dann vor, wenn der Arbeitgeber von der Rechtmäßigkeit der Aussperrung ausgeht.

Der Annahmeverzug des Arbeitgebers hat also zur Folge, daß die Arbeitnehmer für die Zeit der Aussperrung die vereinbarte Vergütung verlangen können, ohne zur Nachleistung ihrer Dienste verpflichtet zu sein.

- bb) Ein Anspruch aus § 324 I, der dem Schuldner gleichfalls den Anspruch auf die Gegenleistung bewahrt, scheidet aus, da die Arbeitnehmer einen Anspruch aus § 615 haben. Da § 615 die Möglichkeit zur Leistung voraussetzt ¹¹⁾, schließen sich der Gläubigerverzug gemäß § 615 und die Unmöglichkeit denknotwendig aus. ¹²⁾
- cc) Ebenso scheidet ein Anspruch nach § 324 II aus. Zwar wird dem Arbeitnehmer bei Annahmeverzug des Arbeitgebers die Erbringung der Arbeitsleistung wegen ihres Fixschuldcharakters ¹³⁾ grundsätzlich mit Zeitablauf unmöglich.
- Durch die für Dienstverhältnisse speziellere Regelung des § 615 wird die Anwendung des § 324 II jedoch ausgeschlossen. ¹⁴⁾ Da der Arbeitnehmer bereits mit Annahmeverzug des Arbeitgebers von seiner Arbeitspflicht frei wird (§ 615 S. 1, letzter Satzteil) kann die Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer durch den späteren Zeitablauf nicht mehr unmöglich werden.

11) S. oben S. 30

12) Palandt/Putzo, § 615, Anm. 1 d; Münch/Komm-Schaub, § 615, Rdnr. 4

13) Schaub, S. 222 ; Söllner, S. 211; Zöllner, S. 137

14) Münch/Komm-Söllner, § 611, Rdnr. 13; Münch/Komm-Emmerich, § 324, Rdnr. 7; a.A. Münch/Komm-Schaub, § 615, Rdnr. 4

- dd) Auch ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung auf Schadensersatz in Höhe des Lohnanspruchs entfällt auf Grund der Regelung des § 615. Denn durch § 615 wird der Vergütungsanspruch aufrechterhalten, den der Arbeitnehmer gehabt hätte, wenn der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug geraten wäre. Auf Grund des Annahmeverzugs des Arbeitgebers geht der Anspruch der Arbeitnehmer auf Lohnzahlung also nicht unter. Nach §§ 611, 615 behalten die Arbeitnehmer abweichend von dem Grundsatz " ohne Arbeit kein Lohn " (§ 614) vielmehr ihren ursprünglichen Erfüllungsanspruch aus dem Arbeitsvertrag (§ 611) ¹⁵⁾. Demzufolge kann ihnen durch die Aussperrung in Höhe der Lohnforderung gar kein Schaden entstehen.

Da den Arbeitnehmern auf Grund der Regelung des § 615 in Höhe des Lohnanspruchs kein Schaden entstehen kann, liegt § 823 I tatbestandlich nicht vor, so daß den Arbeitnehmern insoweit die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz nichts nützen würde. Zudem ist die Vorschrift des § 615 für den Arbeitnehmer vorteilhafter, weil § 615 einen Anspruch gewährt, ohne daß es auf ein Verschulden des Arbeitgebers ankommt. Bei § 823 müßte der Arbeitnehmer dagegen beweisen, daß die rechtswidrige Aussperrung durch den Arbeitgeber schuldhaft, d.h. vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt ist.

- b) Ansprüche wegen des über den Lohnausfall hinausgehenden Schadens

Wie oben schon angedeutet, kommen als weitere Schäden Vermögensverluste in Betracht, die dem Arbeitnehmer dadurch entstanden sind, daß ihm während der Aussperrung kein Lohn ausgezahlt worden ist. Hat der Arbeitnehmer keine Ersparnisse oder sonstiges Vermögen und erhält er auch keine Unterstützung durch die Gewerkschaft, ist er praktisch mittellos. Er kann seine

15) BGH NJW 1967, 248; Münch/Komm-Schaub, § 615, Rdnr. 38; Staudinger/Mohnen, § 615, Rdnr. 2; Soergel/Siebert/Kraft, § 615, Rdnr. 1; Erman/Küchenhoff, § 615, Rdnr. 1; Palandt/Putzo, § 615, Anm. 1 c

finanziellen Verpflichtungen nicht mehr erfüllen, die er beispielsweise aus Eigentumsvorbehaltskäufen, Miete etc. hat.

Nimmt er keinen Kredit auf, können ihm finanzielle Verluste dadurch entstehen, daß der andere Teil z.B. vom Kaufvertrag zurücktritt ¹⁶⁾, oder daß Einrichtungsgegenstände, Forderungen usw. gepfändet und verwertet werden (§§ 803 ff. ZPO).

aa) Nach § 304 kann der Schuldner im Falle des Gläubigerverzugs Ersatz von Mehraufwendungen für ein erfolgloses Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung eines geschuldeten Gegenstandes geltend machen. Ein solcher Anspruch wird jedoch mangels derartiger Schäden in der Regel nicht in Betracht kommen.

bb) Ersatz des über den Lohnausfall hinausgehenden Schadens können die Arbeitnehmer wegen positiver Verletzung des Arbeitsvertrages verlangen. Die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung sind anwendbar, weil sonst eine Regelungslücke bestünde. ¹⁷⁾

Durch eine rechtswidrige Aussperrung verletzt der Arbeitgeber in erster Linie seine Pflicht zur Lohnzahlung, die eine Hauptpflicht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag ist (§ 611) .

Ferner hindert er die Arbeitnehmer rechtswidrig an der Betätigung im Betrieb. Da nach heute h. M. in Rechtsprechung ¹⁸⁾ und Literatur ¹⁹⁾ jedem Arbeitnehmer

16) S. dazu im einzelnen: Palandt/Putzo, § 455, Anm. 4; ders., § 5 AbzG, Anm. 4 f.

17) Statt vieler: Palandt/Heinrichs, § 276, Anm. 7 a cc

18) BAGE 2, 221; BAG AP Nr. 4, 5, 6 zu § 611 Beschäftigungspflicht; BAG NJW 1977, 215; DB 1972, 143; LAG Hamm, DB 1970, 1034

19) Zöllner, S. 140 f.; Schaub, S. 665 f.; Söllner, S. 206 f.; Hanau/Adomeit, S. 169; Hueck/Nipperdey, Bd. I, S. 380 ff.; Nikisch, Bd. I, S. 513; Lepke, DB 1971, 478 ff.; Fabricius, ZfA 1972, 35 ff.

grundsätzlich die Gelegenheit zur Ausübung der vereinbarten Tätigkeit gegeben werden muß, verletzt er auf diese Weise seine aus dem Arbeitsvertrag bestehende Pflicht, die Arbeitnehmer zu beschäftigen.

Hat der Arbeitgeber gewußt oder hätte er wissen müssen, daß die Aussperrung rechtswidrig ist, hat er in beiden Fällen seine Pflichten schuldhaft verletzt (§ 276) .

Sind die Voraussetzungen der positiven Vertragsverletzung erfüllt, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Schadensersatz. Ersetzt werden alle unmittelbaren und mittelbaren Nachteile, die durch die Pflichtverletzung adäquat verursacht worden sind.²⁰⁾

Da nicht ersichtlich ist, daß den Arbeitnehmern durch die bloße Nichtbeschäftigung ein Schaden entstanden ist, scheidet ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung insoweit aus.

Die oben beschriebenen Schäden sind aber alle adäquat kausal durch die Verletzung der Lohnzahlungspflicht verursacht worden. Damit können die Arbeitnehmer aus positiver Vertragsverletzung den Ersatz dieser Schäden verlangen. Der Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung tritt dabei neben den Erfüllungsanspruch.²¹⁾

20) Palandt/Heinrichs, § 276, Anm. 7 e aa; Münch/Komm-Emmerich, vor § 275, Rdnr. 254; BGHZ 11, 83 ff.

21) Münch/Komm-Emmerich, vor § 275, Rdnr. 253; Palandt/Heinrichs, § 276, Anm. 7 e; BGHZ 11, 84

Bei einer rechtswidrigen Aussperrung wird also der Lohnanspruch der Arbeitnehmer gemäß § 615 aufrechterhalten; darüberhinausgehende Schäden werden unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung ersetzt. Daher besteht in diesem Fall zum Schutz des Arbeitnehmers kein Bedürfnis, das Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I anzuerkennen.

Allerdings ist das Institut der positiven Vertragsverletzung erst durch richterliche Rechtsfortbildung geschaffen worden, um damit im Gesetz vorhandene Regelungslücken schließen zu können.²²⁾ Die Haftung wird nach heute h.M.²³⁾ mit einer Analogie zu den Vorschriften über die Unmöglichkeit und den Verzug, §§ 280, 325 und §§ 286, 326 begründet. Inzwischen sind die Grundsätze über die Haftung aus positiver Vertragsverletzung aber gewohnheitsrechtlich anerkannt und auch durch den Gesetzgeber bestätigt worden (s. § 11 Nr. 7 AGBG).²⁴⁾

Da die Rechtsprechung zudem den Anwendungsbereich der positiven Vertragsverletzung durch die Bildung von Fallgruppen weitgehend konkretisiert hat, wäre es nicht sinnvoll, trotzdem über die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz eine weitere Generalklausel zu schaffen, deren Inhalt und Grenzen noch weitgehend ungeklärt sind. Daher empfiehlt es sich bei Ansprüchen auf Ersatz der durch eine rechtswidrige Aussperrung verursachten Schäden die Haftung weiterhin auf positive Vertragsverletzung zu stützen.

Der Arbeitnehmer wäre zudem nicht weitergehend geschützt, wenn statt der positiven Vertragsverletzung § 823 I zur

22) S. BGHZ 11, 83; Dagegen hatte das RG keine Regelungslücke angenommen und die Haftung unmittelbar auf § 276 gestützt RGZ 52, 18; 53, 200; 57, 115; 106, 25; 149, 404; § 276 ist aber keine Anspruchsgrundlage, sondern beantwortet nur die Frage, wann ein Vertretenmüssen vorliegt.

23) Statt vieler: Palandt/Heinrichs, § 276, Anm. 7 a bb; BGHZ 11, 83, 84

24) Statt vieler: BGH NJW 1978, 260; Staudinger/Löwisch, v. § 275, Rdnr. 21; Larenz, SchuldR AT, Bd. I, S. 338 f.

Anwendung käme. Denn sowohl bei § 823 als auch bei der positiven Vertragsverletzung ist ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers Voraussetzung. Eine Ausnahme bildet nur § 615, der kein Verschulden erfordert. Ein Schmerzensgeldanspruch, den der Arbeitnehmer nach § 253 nur in den gesetzlich bestimmten Fällen geltend machen kann, steht dem Arbeitnehmer auch nicht gem. §§ 823, 847 zu; denn ein solches Recht ist in § 847 nicht genannt. Wegen der Regelung des § 253 ist eine analoge Anwendung des § 847 grundsätzlich nicht möglich. Zwar hat der BGH ^{24 a)} bei besonders schwerer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen Anspruch auf Schmerzensgeld entgegen § 253 anerkannt, weil die besondere Betonung der Menschenwürde in Art. 1 GG dazu zwingt, ihre Verletzung mit einer wirksamen zivilrechtlichen Sanktion auszustatten. Dieser Gedanke ist aber nicht auf das Recht am Arbeitsplatz übertragbar, da ein solches Recht grundgesetzlich nicht geschützt ist. Eine analoge Anwendung des § 847 wird daher nicht in Betracht kommen. Abgesehen davon ist ein immaterieller Schaden bei Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz kaum denkbar.

Weiterhin ist die Regelung des § 278, die nur innerhalb bestehender Schuldverhältnisse Anwendung findet, für den Arbeitnehmer günstiger als § 831. Während gem. § 831 der Geschäftsherr nur für eigenes Auswahl- und Überwachungsver schulden haftet und die Möglichkeit hat, einen Entlastungsbeweis zu erbringen, stellt § 278 das Verschulden des Erfüllungsgelhilfen dem eigenen Verschulden des Geschäftsherrn gleich, ohne daß sich dieser entlasten kann.

Schließlich ergeben sich noch grundsätzliche Bedenken gegen die Anwendung des § 823 im Falle einer rechtswidrigen Aussperrung des Arbeitgebers.

Sähe man die rechtswidrige Aussperrung als Eingriff in das Recht am Arbeitsplatz an, würde die deliktische Haftung in den Bereich vertragswidrigen Verhaltens ausgeweitet. ²⁵⁾ Der Arbeitgeber ist nur deshalb verpflichtet, den Arbeitnehmer zu beschäftigen und zu entlohnen, weil er mit ihm in Vertrags-

24 a) BGHZ 13, 334; 26, 349; 39, 124; 73, 120; BVerfGE 34, 269

25) Brox in Brox/Rüthers, Rdnr. 335; Seiter, S. 461 f.; Buchner, S. 148 f.; Konzen, AcP 177, 490; Löwisch, S.220

beziehungen steht. Insoweit besteht keine allgemeine Rechtspflicht des Arbeitgebers. Sperrt der Arbeitgeber die in seinem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer rechtswidrig aus, verletzt er dadurch allein seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag. Welche Rechtsfolgen an eine Vertragsverletzung geknüpft werden, ist im Gesetz wiederum besonders geregelt. Daher haben es die Gerichte außerhalb des Arbeitskampfrechts abgelehnt, die Vertragsdurchführung durch zusätzliche deliktische Ansprüche abzusichern und zwar selbst dann, wenn vertragliche Ansprüche nicht bestanden oder verjährt waren.²⁶⁾ Wegen der speziellen Regelung der Vertragsverletzung will die h.M. auch ein Forderungsrecht nicht als sonstiges Recht i.S. des § 823 I ansehen.²⁷⁾ Es ist kein Grund ersichtlich, den Grundsatz vom Vorrang des Vertragsrechts im Arbeitskampf nicht zu beachten. Auch deshalb sollte die rechtswidrige Aussperrung nicht als Eingriff in das Recht am Arbeitsplatz bewertet werden.

II. Durch eine Kündigung

Die Frage danach, ob zum Schutz des Arbeitnehmers das Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I anerkannt werden sollte, stellt sich weiter für den Fall, daß ein Arbeitnehmer durch eine ungerechtfertigte Kündigung seinen Arbeitsplatz verliert.

Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers ist im einzelnen durch das KSchG 1969 geregelt worden. Der Geltungsbereich des KSchG ist allerdings in verschiedener Hinsicht beschränkt. Es gilt in erster Linie für sozial ungerechtfertigte Kündigungen (§§ 1, 13 III)²⁸⁾; nicht anwendbar ist es auf Arbeitnehmer, die noch nicht länger als sechs Monate beschäftigt sind sowie auch Betriebe mit weniger als fünf Arbeitnehmer.

Bei der Prüfung der Frage, inwieweit die Arbeitnehmer gegen eine unbegründete Kündigung geschützt sind, ist daher zu unterscheiden zwischen den Arbeitnehmern, die

26) Buchner, S. 147; Löwisch, S. 201; RGZ 117, 315; BGH NJW 1959, 1423

27) S. oben S. 22; Larenz, SchuldR BT, Bd. II, S. 604 m.w.N.

28) Einige Vorschriften gelten allerdings auch für die ausserordentliche und die gegen die guten Sitten verstossende Kündigung, § 13 I, II KSchG

dem KSchG unterfallen und solchen, auf die es keine Anwendung findet. In beiden Fällen ist wegen der speziellen Regelung des KSchG problematisch, inwieweit sich die Arbeitnehmer darüberhinaus noch auf andere Rechtsgrundlagen wie z.B. auch § 823 I berufen können, um ~~die Folgen der Kündigung - Verlust des Arbeitsplatzes -~~ rückgängig zu machen.

- 1) Die Arbeitnehmer, die dem Anwendungsbereich des KSchG unterfallen, haben die Möglichkeit, Kündigungsschutzklage zu erheben, um die Unwirksamkeit einer Kündigung geltend zu machen (§§ 1, 4, 7 KSchG).

Nach § 1 KSchG ist eine Kündigung rechtsunwirksam, wenn sie sozialwidrig ist. Das ist gemäß § 1 II S. 1 KSchG der Fall, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person ~~oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen~~ oder durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, weiterhin unter den Voraussetzungen des § 1 II S. 2 und § 1 III KSchG. Bei der Beurteilung der sozialen Rechtfertigung hat eine umfassende Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers am Bestandsschutz seines Arbeitsverhältnisses gegen die des Arbeitgebers an seiner Beendigung stattzufinden. ²⁹⁾

Dabei kommt es nicht auf ein Verschulden des Arbeitgebers an. ³⁰⁾ Ist die Kündigung aus oben genannten Gründen rechtsunwirksam, besteht das Arbeitsverhältnis fort. Die sozialwidrige Kündigung ist nichtig. Da das Arbeitsverhältnis durch die ungerechtfertigte Maßnahme in seinem Bestand nicht berührt wird, hat der Arbeitnehmer auf Grund des alten, weiterbestehenden Arbeitsvertrages gegen

29) Hueck, § 1, Rdnr. 67, 149 ff.; Stahlhacke, Rdnr. 283; Schaub, S. 798; BAG AP Nr. 5, 6, 21, 23 zu § 1 KSchG, seither ständig; BAG AP Nr. 2, 3 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung

30) Beathalter, Diss., S. 79; Herschel, BB 1955, 806; ders. Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 9 KSchG 1969

den Arbeitgeber den Anspruch weiterbeschäftigt zu werden. 31)

Der Arbeitnehmer wird durch das KSchG also vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen umfassend geschützt, wenn er Kündigungsschutzklage innerhalb der in § 4 KSchG festgelegten Dreiwochenfrist erhebt. Es fragt sich, ob in diesem Fall das Bedürfnis besteht, dem Arbeitnehmer zusätzlich einen Anspruch auf § 823 I wegen Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz zu gewähren.

Hat der Arbeitgeber eine sozial ungerechtfertigte Kündigung schuldhaft ausgesprochen, d.h. kannte er die Sozialwidrigkeit oder muß er sie jedenfalls kennen, läge darin ein Eingriff in das Recht am Arbeitsplatz des Arbeitnehmers. Der Anspruch aus § 823 ist grundsätzlich auf die Wiederherstellung des früheren Zustandes, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde, gerichtet (Naturalrestitution, § 249). Im Falle einer rechtswidrigen Kündigung würde der Arbeitgeber gemäß § 249 somit verpflichtet, die durch die Kündigung geschaffenen Folgen - Verlust des Arbeitsplatzes - rückgängig zu machen. Er müßte mit dem betreffenden Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsvertrag abschließen und ihn auf Grund dessen wieder beschäftigen.

Die mit § 823 I verbundenen Rechtsfolgen stehen aber im Widerspruch zu der Regelung des KSchG. Eine Wiedereinstellung im Sinne einer Neubegründung des Arbeitsverhältnisses kann gar nicht in Frage kommen, da das Arbeitsverhältnis durch eine sozialwidrige Kündigung nicht aufgehoben wird, sondern vielmehr weiterbestanden hat (§§ 1, 4, 7 KSchG). Daraus ergibt sich, daß das KSchG und § 823 I zumindest insoweit nicht nebeneinander anwendbar sind, als der Arbeitnehmer recht-

31) Unter den Voraussetzungen des § 102 V BetrVG besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch auch während des Kündigungsrechtsstreits

zeitig Kündigungsschutzklage erhoben hat. Für diesen Fall sind die Folgen einer sozialwidrigen Kündigung abschließend im KSchG geregelt. § 823 I ist dazu eine subsidiäre Norm. ³²⁾

Das KSchG schützt den Arbeitnehmer allerdings dann nicht mehr, wenn er die Klagefrist (§ 4 KSchG) versäumt. Erhebt der Arbeitnehmer nicht innerhalb von drei Wochen Kündigungsschutzklage, gilt der Mangel der Sozialwidrigkeit als geheilt (§ 7 KSchG). Die Kündigung wird so behandelt, als ob sie von Anfang an rechtswirksam gewesen ist. Die Kündigungsschutzklage ist also Voraussetzung, um die bestehende Rechtsunwirksamkeit der Kündigung aufrechtzuerhalten. ³³⁾

Versäumt der Arbeitnehmer die Klagefrist, könnte für die Anwendung des § 823 Raum sein.

Die Ansprüche aus § 823 verjähren gemäß § 852 erst nach drei Jahren. Der Anspruchsberechtigte hat solange die Möglichkeit der Klage. Selbst danach kann der Anspruch noch geltend gemacht werden, da die Verjährung keine von Amts wegen zu beachtende Ausschußfrist darstellt ³⁴⁾ wie § 4 KSchG ³⁵⁾ .

Die Bestimmung des § 7 KSchG würde jedoch ihren Sinn verlieren, wenn der Arbeitnehmer auf dem Umweg über § 823 I eine Wiedereinstellung erreichen könnte.

32) Ebenso Fabricius, AcP 160, 311; Nikisch, Bd. II, S. 127; Herschel, RdA 1960, 125; Peter, Diss., S. 117; BAGE 1, 73

33) Auffarth/Müller, § 3, Rdnr. 3; Herschel/Steinmann, § 1, Rdnr. 55; Hueck, § 4 Rdnr. 2, § 7 Rdnr. 1; Maus, § 4, Rdnr. 2, 4 ff.; nach h.M. soll es sich bei der Kündigungsschutzklage nicht um eine Anfechtungsklage, sondern um eine Feststellungsklage handeln, auch wenn die Regelung des § 7 auf eine bloße Anfechtbarkeit hinauslaufe.

34) Statt vieler: Palandt/Heinrichs, § 222, Anm. 1

35) Hueck, § 4, Rdnr. 35; Auffarth/Müller, § 3, Rdnr. 30; Maus, § 4, Rdnr. 45; BAG AP Nr. 7 zu § 3 KSchG

§ 7 KSchG bezweckt, möglichst schnell zu klären, ob die Kündigung Wirksamkeit erlangt oder nicht. Der Arbeitgeber muß wissen, ob gegen die Kündigung gerichtlich vorgegangen wird, um entscheiden zu können, ob ein neuer Arbeitnehmer eingestellt werden kann oder er den Arbeitsplatz für den bisherigen Arbeitnehmer freihalten muß. Andererseits reicht die Dreiwochenfrist für den Arbeitnehmer als Bedenkzeit aus, um sich sein weiteres Vorgehen zu überlegen.

Nur unter den engen Voraussetzungen des § 5 KSchG soll der Arbeitnehmer noch nach Ablauf der Frist die Möglichkeit haben, Klage zu erheben. Dabei setzt § 5 KSchG voraus, daß der Arbeitnehmer trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Klage innerhalb der Dreiwochenfrist zu erheben. Dieser Antrag ist wiederum nur zwei Wochen nach Behebung des Hindernisses zulässig.

Auch die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung i.S. des § 626 wird in § 13 I KSchG an die Dreiwochenfrist gebunden.

All diesen Vorschriften ist zu entnehmen, daß § 823 I selbst dann nicht anwendbar ist, wenn der Arbeitnehmer die Klagefrist versäumt hat.

Die vorangehenden Erörterungen bezogen sich auf die Fälle, in denen gegen eine sozialwidrige Kündigung vorgegangen werden sollte. Eine Kündigung kann aber über § 1 KSchG hinaus noch aus anderen Gründen nichtig oder sonst rechtswidrig sein. § 13 II KSchG schreibt ausdrücklich vor, daß die Nichtigkeit einer Kündigung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten unabhängig von den Vorschriften des KSchG geltend gemacht werden kann. Eine Kündigung kann also auch sittenwidrig i.S. des § 138 sein. Das ist beispielsweise der Fall, wenn die Entlassung aus reiner Rachsucht und Vergeltung erfolgt, eine schwere Störung der Betriebsgemeinschaft enthält, der Arbeitnehmer

die Beihilfe zu strafbaren Handlungen abgelehnt hat und deswegen gekündigt wird. ³⁶⁾ Für die Anwendung des § 138 ist dabei nur Raum, wenn die Sittenwidrigkeit aus anderen Gründen als die Sozialwidrigkeit i.S. des § 1 KSchG hergeleitet werden kann. ³⁷⁾ Eine Kündigung, die gegen die guten Sitten verstößt, ist gemäß § 138 nichtig. Die Rechtsfolge ist also die gleiche wie bei einer sozialwidrigen Kündigung. Das Arbeitsverhältnis wird durch die sittenwidrige Kündigung nicht in seinem Bestand berührt, es besteht weiter fort. Daraus folgt, daß auch neben § 138 kein Raum mehr für § 823 I ist, der dem Arbeitnehmer nur einen Anspruch auf Wiedereinstellung im Sinne einer Neubegründung des Arbeitsverhältnisses gewähren würde. Gleiches gilt bei Kündigungen, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen und damit gemäß § 134 nichtig sind.

Ein Bedürfnis für die Anwendung des § 823 I und damit für die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz könnte sich aber im Falle einer gegen Treu und Glauben verstößenden Kündigung ergeben. Auch dem Grundsatz von Treu und Glauben kommt bei Kündigungen nur insoweit Bedeutung zu als es sich um Rechtsmängel handelt, die nicht bereits durch § 1 KSchG erfaßt werden. Eine Kündigung verstößt etwa gegen § 242, weil sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten des Arbeitgebers steht oder aber der Arbeitgeber den Kündigungsgrund selbst treuwidrig herbeigeführt hat. ³⁸⁾ Auch eine gegen Treu und Glauben

36) RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner, § 138, Rdnr. 128; Schaub, S. 653; S. zu den Beispielen für die Sittenwidrigkeit im einzelnen - KR-Friedrich, § 13, Rdnr. 137 ff. m.w.N.

37) Palandt/Heinrichs, § 138, Anm. 5 m; Hueck, § 13, Rdnr. 38 ff.; KR-Friedrich, § 13, Rdnr. 118; RGRK-Krüger-Nieland/Zöllner, § 138, Rdnr. 128; BAGE 16,269

38) Schaub, S. 742; Hueck, Einl., Rdnr. 87

verstoßende Kündigung ist rechtsunwirksam und damit nichtig. ³⁹⁾ Diese Rechtsfolge ergibt sich allerdings nicht wie bei § 138 eindeutig aus dem Gesetz, sondern ist von der Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt worden. ⁴⁰⁾ Daher könnte man daran denken, das Recht am Arbeitsplatz anzuerkennen und dann § 823 an Stelle von § 242 zur Anwendung kommen zu lassen. Dagegen sprechen aber wieder die schon zur positiven Vertragsverletzung bei der Aussperrung angestellten Erwägungen. ⁴¹⁾ Der Grundsatz von Treu und Glauben, der über das Arbeitsrecht hinaus im gesamten Zivilrecht gilt, ist inzwischen von der Rechtsprechung durch die Bildung von Fallgruppen weitgehend konkretisiert worden, das Recht am Arbeitsplatz dagegen noch gar nicht. Den Arbeitnehmern würde es keinen Vorteil bringen, wenn man nur für den Fall der gegen Treu und Glauben verstoßenden Kündigung eine neue spezielle Anspruchsgrundlage schaffen würde. Die Unwirksamkeit der treuwidrigen, sittenwidrigen sowie einer gegen ein Verbotsgesetz verstoßenden Kündigung kann der Arbeitnehmer unabhängig von den Vorschriften des KSchG geltend machen (§ 13 II, III KSchG). Bei einer sittenwidrigen Kündigung ist den Arbeitnehmern aber zu empfehlen, die Klagefrist nach § 4 KSchG einzuhalten. Denn nur in diesem Fall können sie einen Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG stellen, § 13 II KSchG.

39) Schaub, S. 742 m.w. N.; Hueck, Einl., Rdnr. 86 f.; KR-Friedrich, § 13, Rdnr. 229 ff.

40) Zur Bedeutung des § 242 für die Rechtsfortbildung - Palandt/ Heinrichs, § 242, Rdnr. 1 bb

41) S. oben S. 35

Daran schließt sich die Frage an, in welchem Verhältnis der Abfindungsanspruch gemäß §§ 9, 10 KSchG und ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 I zueinander stehen müssen. Beide Ansprüche unterscheiden sich durch ihren Inhalt und Zweck.

Die Abfindung gemäß § 9 KSchG ist weder Arbeitsentgelt noch Schadensersatz aus unerlaubter Handlung, sondern eine Entschädigung eigener Art dafür, daß der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz verliert, obwohl ~~kein~~ Kündigungsgrund vorliegt.⁴²⁾ Der Abfindungsanspruch ist dabei gemäß § 10 KSchG ~~der Höhe nach~~ beschränkt. Die Höchstgrenze liegt in der Regel gemäß § 10 KSchG bei zwölf Monatsverdiensten.

Demgegenüber setzt ein Schadensersatzanspruch neben der Rechtswidrigkeit noch Verschulden voraus. Er ist in der Höhe unbegrenzt, da er nicht einen angemessenen Ausgleich bieten will, sondern den vollen Ersatz des tatsächlich entstandenen Schadens.

Es stellt sich die Frage, ob dem Arbeitnehmer im Falle seines Ausscheidens aus dem Betrieb trotz sozialwidriger Kündigung lediglich der Abfindungsanspruch zusteht oder ob er bei schuldhaftem Verhalten des Arbeitgebers nicht zusätzlich noch einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 I wegen Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz haben sollte.

Stellt der Arbeitgeber den Antrag, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, und gibt das Gericht diesem Antrag statt, so verliert der Arbeitnehmer auf Grund eines rechtsstatuierenden Urteils seinen Arbeitsplatz.

42) Hueck, § 10, Rdnr. 15; Auffarth/Müller, § 8 Rdnr. 5; Herschel/Steinmann, § 8 Rdnr. 1; Maus, § 10, Rdnr. 27; Nikisch, Bd. I, S. 791; Rohlfing/Rewolle/Bader, § 10 Rdnr. 1; Bleistein, Rdnr. 271; Schaub, S. 857; Stahlhacke, Rdnr. 376; BAG AP Nr. 24 zu § 7 KSchG, AP Nr. 2 zu § 9 KSchG 1969

Die Auflösung des Arbeitsvertrages gegen Zahlung einer Abfindung trotz des vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers ist die im KSchG vorgesehene und damit sozialadäquate Maßnahme, durch die der bisherige vertragswidrige Zustand beendet wird. Eine solche sozialadäquate Maßnahme kann aber nicht gleichzeitig den Arbeitgeber zum Schadensersatz verpflichten. ⁴³⁾

Vielmehr wird durch die Entscheidung des Gerichts der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen dem möglichen Auflösungsverschulden des Kündigenden und dem Schaden unterbrochen, der dem Gekündigten durch die gerichtliche Auflösung entsteht. ⁴⁴⁾ Der Ersatz des unmittelbar durch die Auflösung entstehenden Schadens ist daher auf die Abfindung zu begrenzen. Diese gewährt dem Arbeitnehmer immerhin einen gewissen pauschalen Ausgleich für die Vermögens- und Nichtvermögensschäden, die sich aus dem Verlust des Arbeitsplatzes ergeben. ⁴⁵⁾

Der Arbeitgeber wird damit belastet, um dem Umstand Rechnung zu tragen, daß er den ~~Ausspruch der unwirksamen Kündigung~~ zu vertreten hat. Bei der Bemessung der Höhe des Anspruchs sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Dazu gehört insbesondere das Maß der Sozialwidrigkeit der Kündigung ⁴⁶⁾, die Chance, eine neue Stelle zu finden ⁴⁷⁾, die Dauer der Betriebszugehörigkeit.

43) Hueck, § 10, Rdnr. 15; BAG DB 1973, 1559; BAG AP Nr. 2 zu § 9 KSchG

44) BAG AP Nr. 2 zu § 9 KSchG 1969

45) Münch/Komm-Schwerdtner, vor. § 620, Rdnr. 331; Bleistein, Rdnr. 271; Herschel/Steinmann, § 8, Rdnr. 5

46) Münch/Komm-Schwerdtner, vor. § 620, Rdnr. 333; Bleistein, Rdnr. 270; BAG AP Nr. 2 zu § 9 KSchG 1969

47) LAG Berlin, AuR 1973, 158

Gumpert ⁴⁸⁾ sieht dagegen die Abfindung nur als einen Ausgleich dafür an, daß das Arbeitsverhältnis aufgrund von Umständen, die erst nach der Kündigung eingetreten seien, aufgelöst werde. Daneben bleibe ein Schadensersatzanspruch wegen der in der Kündigung liegenden Vertragsverletzung erhalten.

Bedenken gegen die Meinung Gumperts bestehen insofern, als die Trennung zwischen diesen beiden Aspekten nicht durchführbar ist. Denn die für die Auflösung maßgebenden Gründe können sowohl vor als auch nach der Kündigung entstanden sein. ⁴⁹⁾ Weiterhin ist ihm entgegenzuhalten, daß sich ein etwaiges Auflösungsver-schulden des Arbeitgebers auf die Höhe der Abfindung auswirkt, so daß diese möglichen Posten eines Schadensersatzanspruchs bei der Abfindung mitberücksichtigt sind. Aber selbst wenn man, wie Gumpert weiter vorschlägt, die Abfindung lediglich als Ersatz für den Verlust des eigentlichen Arbeitsentgelts ansieht und den Ausgleich für mittelbar mit dem Verlust des Arbeitsplatzes zusammenhängender Schäden, insbesondere den Verlust von Anwartschaften, durch einen Schadensersatzanspruch gewährt, ist der Arbeitnehmer nicht auf einen Anspruch aus § 823 angewiesen.

Denn eine sozialwidrige und damit unwirksame Kündigung stellt eine positive Vertragsverletzung des Arbeitsvertrages dar. Durch die unwirksame Kündigung verletzt der Arbeitgeber sowohl die ihm aus dem Arbeitsverhältnis obliegende Lohnzahlungs- als auch die Beschäftigungspflicht. ⁵⁰⁾

48) Gumpert, Anm. zu BAG BB 1971, 959

49) Schaub, S. 855; Auffarth/Müller, Rdnr. 8; Stahlhacke Rdnr. 359; Neumann, AR-Blattei, Kündigungsschutz VI, H II 6; Hueck, § 9, Rdnr. 4, 17, 19; Vergl. BAGE 12, 183

50) S. oben S. 33 f.; Münch/Komm-Emmerich, vor. § 275, Rdnr. 211; Coen, S. 208; BAG AP Nr. 2 zu § 9 KSchG 1969; Gumpert, Anm. zu BAG BB 1971, 959; vergl. BAG AP Nr. 4 zu § 628

Insgesamt läßt sich folglich festhalten, daß zum Schutze des Arbeitnehmers vor ungerechtfertigten Kündigungen, sei es, daß sie sozial- oder sittenwidrig sind, gegen ein Verbotsgesetz oder Treu und Glauben verstoßen, die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz nicht notwendig ist. Im Gegenteil ist die Anwendung des § 823 für die Arbeitnehmer, die dem Anwendungsbereich des KSchG unterfallen, in der Regel sogar ausgeschlossen, weil das KSchG eine spezielle Regelung trifft und die Wertungen des KSchG mißachtet würden.

- 2) Es bleibt zu prüfen, ob zumindest ein Bedürfnis dafür besteht, den Arbeitnehmern, die dem Kündigungsschutz nicht unterstehen, Schutz durch § 823 I zu gewähren.

Vom Anwendungsbereich des KSchG ausgenommen sind Arbeitnehmer, die noch nicht sechs Monate in dem Betrieb beschäftigt sind, § 1 KSchG, und solche Arbeitnehmer, die in Kleinbetrieben mit weniger als sechs Arbeitnehmern arbeiten, § 23 KSchG.

Aus § 1 KSchG ergibt sich, daß der Arbeitnehmer Schutz vor Verlust des Arbeitsplatzes durch Kündigung erst durch eine gewisse Dauer der Betriebszugehörigkeit erwerben kann. Zuvor soll der Arbeitgeber die Gelegenheit haben, seinen neuen Mitarbeiter kennenzulernen, seine Fähigkeiten zu überprüfen und ihm, falls er sich als nicht geeignet erweist, frei zu kündigen. ⁵¹⁾

Die kleineren, vor allem handwerklichen Betriebe sollen wirtschaftlich nicht allzusehr belastet werden, indem man sie an ihre Arbeitnehmer bindet. ⁵²⁾ Zudem wird durch § 23 KSchG berücksichtigt, daß der Arbeitgeber eines Kleinbetriebes in besonderem Maße auf eine enge persönliche

51) Hueck, § 1, Rdnr. 23 a; Beathalter, Diss., S. 84; von der Osten, Diss., S. 47; Peter, Diss., S. 126

52) Beathalter, Diss., S. 84; Jobs/Bader, AR-Blattei, D, Kündigungsschutz I, Übersicht, B II 1 b

Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer angewiesen ist. Ist eine gute Zusammenarbeit nicht möglich, soll der Arbeitgeber die Möglichkeit haben zu kündigen, ohne daß ein besonderer Kündigungsgrund erforderlich wäre. Die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers wird lediglich durch die §§ 138 und 242 beschränkt. Die Sittenwidrigkeit bzw. Treuwidrigkeit kann dabei nur auf Umstände gestützt werden, die nicht in den Schutzbereich des KSchG fallen, die also nicht die Sozialwidrigkeit einer Kündigung begründen würden. Denn wenn der Gesetzgeber bestimmte Personengruppen vom allgemeinen Kündigungsschutz ausdrücklich ausgenommen hat, liegt darin eine Sonderbehandlung dieser Tatbestände. Trotz Sozialwidrigkeit soll die Kündigung in diesen Fällen als wirksam angesehen werden. Daher darf nicht auf dem Umweg über § 138 bzw. 242 ein Kündigungsschutz schon bei bloßer Sozialwidrigkeit gewährt werden.⁵³⁾ Der vom KSchG ausgenommene Arbeitnehmer soll nur in besonders krassen Fällen gem. §§ 134, 138 geschützt werden.

Aus dem gleichen Grunde muß die Anwendung des § 823 I ausscheiden. Sonst würden die Arbeitnehmer schließlich doch über § 823 I vor lediglich sozialwidrigen Kündigungen geschützt. Dann aber stünden die vom KSchG ausgenommenen Arbeitnehmer in verschiedener Hinsicht günstiger als die davon erfaßten Arbeitnehmer. Sie wären nämlich, wenn sie sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung beriefen, nicht an die Beschränkungen des KSchG, insbesondere nicht an die Dreiwochenfrist des § 4 KSchG gebunden. Ein solches Ergebnis ist offensichtlich nicht mit der Absicht des Gesetzgebers vereinbar. Demzufolge ist § 823 auch in dem vom KSchG freigelassenen Raum nicht anwendbar.

53) KR-Friedrich, § 13, Rdnr. 134; Schaub, S. 742, 647; Hueck, Einl., Rndr. 88, 89; BAG AP Nr. 2, 5 zu § 242 Kündigung; Söllner, S. 235, FN. 7; Auffarth/Müller, § 1, Rdnr. 4; Nikisch, Bd. I, S. 800 ff.

III. Durch Zugrunderichten eines Unternehmens durch Mißwirtschaft

Eine Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz durch den Arbeitgeber ist schließlich noch vorstellbar, wenn ein Arbeitgeber seinen Betrieb durch unternehmerische Fehlentscheidungen in wirtschaftliche Schwierigkeiten bringt und sich auf Grund dessen gezwungen sieht, eine Reihe von Arbeitnehmern zu entlassen bzw. sogar den ganzen Betrieb stillzulegen. Kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmern, für die infolge seines Verschuldens im Betrieb keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht, wirksam kündigen, verlieren die Arbeitnehmer ihren Anspruch auf Lohn, Provisionen und betriebliche Anwartschaften, letzteres allerdings nur, soweit die Arbeitnehmer die in § 1 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung genannten Voraussetzungen noch nicht erfüllen. Wäre eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung dagegen unwirksam, könnte den Arbeitnehmern gar kein Schaden entstehen. Denn ihr Lohnanspruch geht nicht auf Grund der Tatsache unter, daß sie nicht mehr sinnvoll beschäftigt werden können. Das ergibt sich aus § 324 I. Danach behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn die ihm obliegende Leistung infolge eines vom Gläubiger zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist. Können die Arbeitnehmer im Betrieb nicht mehr sinnvoll beschäftigt werden, ist ihnen die Erbringung der Arbeitsleistung unmöglich.⁵⁴⁾ Die Unmöglichkeit hat der Arbeitgeber, der sein Unternehmen durch Mißwirtschaft zugrunderichtet, gemäß § 324 I zu vertreten.⁵⁵⁾ § 324 I hat zur Folge, daß wie bei § 615 der ursprüngliche Erfüllungsanspruch aufrechterhalten wird.⁵⁶⁾ Demnach kommt es für die Ansprüche der Arbeitnehmer zunächst auf die Wirksamkeit der Kündigung an. Für den Arbeitgeber besteht die Möglichkeit, den Arbeitnehmern fristlos oder

54) Die Arbeit ist Fixschuld i.S. des § 361 - Schaub, S. 222; Palandt/Heinrichs, § 271, Anm. 2 b; BAG AP Nr. 2 zu § 324; AP Nr. 1, 3 zu § 615 Betriebsrisiko; s. oben S. 30 f.

55) Münch/Komm-Emmerich, § 324, Rdnr. 27; BAG AP Nr. 2 zu § 324; vergl. BAG NJW 1973, 342; BAGE 15, 281; RG JW 1925, Nr. 1006

56) Münch/Komm-Emmerich, § 324, Rdnr. 52

fristgerecht zu kündigen.

- 1) Gemäß § 626 kann ein Arbeitsverhältnis von jedem Vertrags-
teil aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden, wenn
Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden un-
ter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und
unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fort-
setzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündi-
gungsfrist nicht zumutbar ist. Eine außerordentliche Kündi-
gung ist danach nur dann zulässig, wenn alle anderen nach
den gegebenen Umständen möglichen und angemessenen mil-
deren Mittel unzumutbar sind.⁵⁷⁾ Allein auf Grund der
Tatsache, daß der Arbeitgeber die Arbeitnehmer weiterbeschäf-
tigen muß, obwohl keine Gelegenheit mehr besteht, sie tat-
sächlich einzusetzen und er dadurch hohe finanzielle Verluste
erleidet, hat der Arbeitgeber kein Recht zur außerordentli-
chen Kündigung. Das ergibt sich aus den Grundsätzen zum
Betriebs- und Wirtschaftsrisiko. Danach trägt der Arbeitge-
ber sogar grundsätzlich das Risiko für unverschuldete Be-
triebsstörungen, da er den Betrieb organisiert und daraus
Gewinn ziehen kann.⁵⁸⁾ Demzufolge kann es ihm erst recht
nicht gestattet sein, einen Mißerfolg in seiner unternehme-
rischen Tätigkeit, den er selbst zu vertreten hat, unmit-
telbar auf seine Arbeitnehmer abzuwälzen.
Mußte der Unternehmer infolge der Mißwirtschaft Konkurs⁵⁹⁾
anmelden, widerspräche es auch der Regelung des § 22 KO,
wenn man aus diesem Grunde eine außerordentliche Kündigung
zulassen würde.⁶⁰⁾ Gemäß § 22 KO ist im Fall des Konkurses
eine Kündigung nur innerhalb der gesetzlichen Frist zulässig.

57) Palandt/Putzo, § 626, Anm. 4 d; Münch/Komm-Schwerdtner,
§ 626, Rdnr. 21

58) Bei einer unverschuldeten Betriebsstörung hat der Arbeit-
geber daher auch grundsätzlich die Vergütung fortzuzah-
len, es sei denn, die Störung hat ihren Ursprung in der
Sphäre der Arbeitnehmer - S. zur Lehre vom Betriebsrisiko:
Söllner, S. 221; Schaub, S. 608 ff. jeweils m.w.N.

59) Mit Konkurseröffnung verliert der Gemeinschuldner die
Verfügungsrechte über sein Vermögen, diese gehen auf
den Konkursverwalter über, § 6 KO

60) BAG AP Nr. 1 zu § 22 KO; BAG BB 1977, 296 f.

es sei denn eine kürzere Frist war bedungen. Nach der gesetzlichen Regelung kann die Konkursöffnung also nicht gleichzeitig noch als Grund zur fristlosen Kündigung dienen. Die dadurch bezweckte Besserstellung des Arbeitnehmers gegenüber anderen Gläubigern würde ansonsten gegenstandslos.

- 2) Damit bleibt dem Arbeitgeber nur die Möglichkeit, den Arbeitnehmern fristgerecht zu kündigen. Eine solche fristgerechte Kündigung ist auch gemäß § 1 KSchG regelmäßig sozial gerechtfertigt. Denn können eine Reihe von Arbeitnehmern infolge der wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Betriebes nicht mehr beschäftigt werden oder ist sogar die Stilllegung des ganzen Betriebes erforderlich, liegen dringende betriebliche Erfordernisse i.S. des § 1 KSchG vor.⁶¹⁾ Nur ausnahmsweise kann eine solche betriebsbedingte Kündigung sozial ungerechtfertigt oder zumindest rechtsmißbräuchlich i.S. des § 242 sein, wenn der Unternehmer eine offensichtlich unsachliche und willkürliche Fehlentscheidung allein mit dem Ziel getroffen hat, eine sonst nicht zulässige Kündigung zu ermöglichen. Die Kündigung ist ferner dann nicht sozial gerechtfertigt, wenn bei der Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte nicht berücksichtigt worden sind (§ 1 III KSchG).

Mußte der Arbeitnehmer Konkurs anmelden, ergibt sich das Recht zur fristgemäßen Kündigung aus § 22 KO. Danach kann das Arbeitsverhältnis von jedem Teil gekündigt werden und zwar innerhalb der gesetzten Frist oder falls eine kürzere bedungen war, innerhalb dieser.

Will der Konkursverwalter einem Arbeitnehmer kündigen, ist er nicht nur an die gesetzlichen Kündigungsfristen gebunden, sondern muß alle Kündigungsschutzbestimmungen beachten, denen sonst der Arbeitgeber unterworfen ist.⁶²⁾ Insbesondere ist er also an die Vorschriften

61) Hueck, § 1 Rdnr. 62

62) Hueck, § 1 Rdnr. 61; Mentzel/Kuhn, § 22, Anm. 16; Böhle/Stamschräder, § 22 Anm. 22; KR-Weigand, § 22 Rdnr. 23

des Kündigungsschutzgesetzes gebunden. 63) Wie oben erläutert ist eine Kündigung aus betrieblichen Gründen sozial gerechtfertigt, wenn Arbeitnehmer infolge des Konkurses nicht mehr beschäftigt werden können.

Richtet ein Arbeitgeber seinen Betrieb durch Mißwirtschaft zugrunde, verlieren die Arbeitnehmer also mit Ablauf der Kündigungsfrist ihren Arbeitsplatz und damit ihren Lohnanspruch. Für die nach Verlust des Arbeitsplatzes entstehenden Schäden bleibt den Arbeitnehmern nur die Möglichkeit, vom Arbeitgeber Schadensersatz zu verlangen.

- 3) Für den Fall, daß der Unternehmer Konkurs anmelden mußte, könnte sich ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 22 II KO ergeben. Danach sind die Arbeitnehmer berechtigt, Ersatz des ihnen durch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Schadens zu verlangen. § 22 II KO meint jedoch nur den Schaden, der durch den " vorzeitigen " Vertragsabbruch verursacht wird, der also dadurch entsteht, daß die Kündigung nach § 22 KO früher wirksam wird als zu dem Zeitpunkt, zu dem sie nach der vertraglichen - auch tarifvertraglichen - Kündigungsregelung hätte wirksam werden können. 64) Darüberhinaus soll nicht jeder Arbeitnehmer im Falle einer konkursbedingten Kündigung gemäß § 22 II KO

63) Einige Autoren wollen das KSchG nur anwenden, falls der Konkursverwalter den Betrieb ganz oder teilweise fortführt, so Mentzel/Kuhn, § 22, Anm. 19; Böhle/Stamschräder, § 22, Anm. 7; sie verkennen jedoch, daß die grundsätzliche Geltung des KSchG nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß bei Stilllegung des Betriebes die Kündigungen betriebsbedingt und damit sozial gerechtfertigt sind - s. Hueck, § 1 Rdnr. 62

64) KR-Weigand, § 22, Rdnr. 31, 35; Mentzel/Kuhn, § 22 Anm. 22

Schadensersatz erhalten.

- 4) Die Arbeitnehmer könnten den ihnen durch den Arbeitsplatzverlust entstandenen Schaden weiterhin aus positiver Vertragsverletzung ersetzt verlangen, wenn der Arbeitgeber durch sein Verhalten aus dem Arbeitsvertrag bestehende Pflichten verletzt hat.

Die Kündigung durch den Arbeitgeber bzw. durch den Konkursverwalter kommt als Ansatzpunkt für eine Pflichtverletzung nicht in Betracht, da sie rechtmäßig ist. Der Arbeitgeber kann dann nur noch dadurch Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verletzt haben, daß er sein Unternehmen durch Mißwirtschaft, d.h. durch eine Reihe schwerwiegender wirtschaftlicher Fehlentscheidungen, zugrunde gerichtet hat. Voraussetzung ist, daß er gegenüber den Arbeitnehmern die Verpflichtung hat, "richtige" Unternehmensentscheidungen zu treffen, durch die möglichst keine Arbeitsplätze beeinträchtigt werden. Eine solche Verpflichtung ist aber zu verneinen, da sie der Funktionsverteilung der geltenden Rechts- und Wirtschaftsordnung und der dadurch bedingten Verknüpfung von Unternehmensrisiko und unternehmerischer Gestaltungsfreiheit widerspräche. ⁶⁵⁾

In einer Marktwirtschaft trägt der Unternehmer allein die Verantwortung für wirtschaftliche Entscheidungen über Produktionsumfang und Produktionsweise, indem er mit seinem Kapital einsteht und die Haftung für alle Verbindlichkeiten trägt. Dementsprechend muß ihm ein breites unternehmerisches Ermessen zustehen. In welchem Umfang, wie und womit er produziert, unterliegt allein seiner Entscheidung. Das ergibt sich letztlich aus dem auch für

65) Vergl. Peter, Diss., S. 97; Weiß, RdA 1974, 276; Blohm, RdA 1955, 304; KR-Becker, § 1, Rdnr. 299; Stahlhacke, Rdnr. 498; Hueck § 1, Rdnr. 104 a ff.

die selbständigen Berufe geltenden Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 GG. ⁶⁶⁾

Daß der Unternehmer in seinen Entscheidungen frei sein soll, ist weiterhin in den Regelungen des BetrVG, insbesondere den §§ 111 ff. BetrVG zum Ausdruck gekommen. Danach hat der Betriebsrat bei einer Betriebsänderung lediglich bei der Aufstellung eines Sozialplans ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht. In einem Sozialplan werden aber nur Folgeregelungen getroffen, ~~welche die~~ den Arbeitnehmern durch die unternehmerische Maßnahme entstehenden Nachteile ausgleichen und mildern sollen. Ein Interessenausgleich im Rahmen dessen der Betriebsrat die Möglichkeit hat, schon Einfluß auf die unternehmerische Willensbildung zu nehmen, kann dagegen nur auf freiwilliger Basis erzielt werden.

Da den Unternehmer somit aus dem Arbeitsvertrag schon nicht die Verpflichtung trifft, seine Entscheidungen an den Interessen der Arbeitnehmer auszurichten, kann er auch durch eine Reihe von Fehlentscheidungen keine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verletzen. ⁶⁷⁾

Eine Ausnahme ist allerdings dann zu machen, wenn der Unternehmer offensichtlich unsachliche oder willkürliche Maßnahmen trifft und damit sein Recht, unternehmerische Entscheidungen frei zu treffen, mißbraucht. Das kann etwa der Fall sein bei Maßnahmen, deren Ziel es ist, sonst nicht zulässige Kündigungen zu ermöglichen. Bei einem solchen Fehlgebrauch der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit wäre aber, wie oben bereits angedeutet wurde, wäre auch eine betriebsbedingte Kündigung nicht wirksam oder zumindest rechtsmißbräuchlich, so daß der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Lohnzahlung behielte.

66) von Münch, Art. 12, Rdnr. 18; Hueck, § 1 Rdnr. 104 a; Zöllner, Gutachten zum 52. Juristentag, 1978, S. D 99 f. 131 ff.; BVerfGE NJW 1979, 708

67) S. oben S. 31; Zur Wirksamkeit der Kündigung in diesem Fall - S. Hueck, § 1 Rdnr. 104 b; KR-Becker, § 1 Rdnr. 297; Stahlhacke, Rdnr. 314, jeweils m.w.N.

Ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung käme dann nur noch für über den vorübergehenden Lohnausfall hinausgehende Schäden in Betracht.

Für die vorliegende Fallgestaltung ist eine solche Ausnahme jedoch kaum vorstellbar. Es wird wohl kein Arbeitgeber bewußt seinen Betrieb ruinieren, um z.B. die Entlassung einiger Arbeitnehmer zu erzwingen.

Ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung scheidet somit aus.

- 5) Da auch die §§ 826 und 823 II nicht eingreifen, könnte ein Bedürfnis für die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I bestehen. Die Anerkennung dieses Rechts nützt dem Arbeitnehmer aber nur dann, wenn überhaupt ein tatbestandmäßiger und rechtswidriger Eingriff vorliegen würde.
- Das ist für den Fall, daß der Unternehmer seinen Betrieb durch Mißwirtschaft zugrunderichtet, zu verneinen. ⁶⁸⁾
- Denn auch bei § 823 I ist der letztlich durch Art. 12 GG garantierte Grundsatz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit zu berücksichtigen. Trifft der Unternehmer Entscheidungen, die den Verlust von Arbeitsplätzen zur Folge haben, kann darin dementsprechend kein rechtswidriger Eingriff in ein Recht am Arbeitsplatz vorliegen, da der Unternehmer nur von seinem Recht Gebrauch macht, daß nach den Wertungen der Rechtsordnung Vorrang vor dem Recht des Arbeitnehmers an dem Bestand seines Arbeitsverhältnisses haben soll. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um "richtige" oder aber Fehlentscheidungen handelt. Für den Fall, daß der Arbeitgeber sein Unternehmen durch Mißwirtschaft zugrunderichtet, würde also auch bei Aner-

68) Etwas anderes gilt wiederum nur dann, wenn es sich um einen offensichtlichen Fehlgebrauch der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit handelt - s. S. 54. Dann ist der Arbeitnehmer aber durch vertragliche Ansprüche sowie durch § 826 hinreichend geschützt, so daß er des Schutzes durch § 823 I wegen Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz nicht bedarf.

kennung des Rechts am Arbeitsplatz der Schutz des Arbeitnehmers nicht verstärkt. Demzufolge besteht kein Bedürfnis, den Katalog der sonstigen Rechte durch das Recht am Arbeitsplatz zu erweitern.

Damit läßt sich festhalten, daß zum Schutze des Arbeitnehmers vor Eingriffen des Arbeitgebers kein Bedürfnis besteht, das Recht am Arbeitsplatz anzuerkennen. Im Verhältnis zum Arbeitgeber werden die Arbeitnehmer ausreichend durch vertragliche Ansprüche und gesetzliche Vorschriften, wie z.B. das KSchG, geschützt. Kann der Arbeitgeber aus Gründen, die in seine Risikosphäre fallen, einen oder mehrere Arbeitnehmer nicht beschäftigen oder will er dies nicht und weigert er sich dementsprechend auch, den Lohn fortzuzahlen, behalten die Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber regelmäßig ihren ursprünglichen Erfüllungsanspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung, sei es aus § 615, § 324 I oder nach den Grundsätzen zum Betriebsrisiko. Ist durch einen vorübergehenden Lohnausfall weiterer Schaden entstanden, haben die Arbeitnehmer bei Verschulden des Arbeitgebers einen Anspruch auf Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung. Stehen dem Arbeitnehmer weder aus Vertrag noch aus Gesetz Ansprüche zu, soll er nach den Wertungen der Rechtsordnung vor Eingriffen des Arbeitgebers nicht durch ein Recht am Arbeitsplatz weitergehend geschützt werden (s. z.B. den Fall der Kündigung und der Mißwirtschaft).

B. Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz durch Dritte

Dagegen könnte sich ein Bedürfnis zur Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz ergeben, um den Arbeitnehmer vor Eingriffen Dritter zu schützen. Da zwischen dem Arbeitnehmer und dem Dritten grundsätzlich keine vertraglichen Beziehungen bestehen, scheiden vertragliche Ansprüche von vorneherein aus. Die speziellen Arbeitnehmerschutzvorschriften gelten nur gegenüber dem Arbeitgeber (S. z.B. KSchG, MuSchuG, § 615 etc.).

Wird dem Arbeitnehmer durch Eingriffe Dritter ein Schaden zugefügt, bleibt ihm nur die Möglichkeit, einen Anspruch auf Schadensersatz aus Delikt geltend zu machen. Als Anspruchsgrundlagen kommen § 826, § 823 II und § 823 I wegen Verletzung der dort genannten Rechte und Rechtsgüter sowie der bisher anerkannten sonstigen Rechte in Betracht. Zu überprüfen wiederum, ob durch diese Vorschriften sämtliche Eingriffe in ein Recht am Arbeitsplatz erfaßt werden können, die bisher in der Rechtsprechung und vor allem der Literatur diskutiert worden sind.

Als Eingriffshandlungen kommen sowohl solche in Betracht, die sich unmittelbar gegen den Arbeitnehmer als Inhaber des Arbeitsplatzes richten als auch solche, die an sich den Gewerbebetrieb des Arbeitgebers treffen sollen, aber mittelbar die Beeinträchtigung des Arbeitsplatzes zur Folge haben.

I. Eingriffe, die sich unmittelbar gegen den Arbeitnehmer als Inhaber des Arbeitsplatzes richten.

- 1) Durch Ausüben von Druck auf den Arbeitgeber, um eine Kündigung eines Arbeitnehmers zu erzwingen.

Die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz zum Schutze der Arbeitnehmer vor Eingriffen Dritter wird häufig für den Fall der Druckkündigung in Erwägung gezogen. ⁶⁹⁾

Ein Fall der Druckkündigung liegt vor, wenn ein Arbeitgeber durch Druck von außen, z.B. seiner Kunden oder Lieferanten etc., oder von Seiten der Belegschaft zur Entlassung eines Arbeitnehmers gezwungen wird. Ursache für die Ausübung dieses Drucks kann sein, daß der Arbeitnehmer den Kunden beleidigt oder geschädigt hat, der Arbeitnehmer in einer bzw. nicht in einer Gewerkschaft organisiert ist, zu einer anderen Rasse, Nationalität gehört, andere religiöse oder politische Anschauungen vertritt oder der betreffende Arbeitnehmer bei der Belegschaft unbeliebt ist.

Als Erzwingungsmittel für eine Kündigung sind etwa ein Streik, Boykott, Abbruch der Geschäfts-

69) Herschel, RdA 1960, 126; Münch/Komm-Mertens, § 823, Rdnr. 520; Marschall von Bieberstein, FS von Caemmerer, S. 421

beziehungen oder eine Liefersperre denkbar. Ob der gekündigte Arbeitnehmer Schadensersatzansprüche geltend machen kann, hängt zunächst von der Wirksamkeit der Druckkündigung ab. Ist die Kündigung wirksam, kommen nur Schadensersatzansprüche gegen den oder die druckausübenden Dritten in Frage. Ist die Kündigung unwirksam, ist auch der Arbeitgeber möglicherweise schadensersatzpflichtig.

Wird von einem Dritten unter Androhung von Nachteilen für den Arbeitgeber die Entlassung eines bestimmten Arbeitnehmers verlangt, hat der Arbeitgeber sich grundsätzlich schützend vor den Arbeitnehmer zu stellen. Auf Grund seiner Fürsorgepflicht gegenüber diesem Arbeitnehmer muß er versuchen, den oder die Druckausübenden von ihrer Drohung abzubringen. ⁷⁰⁾ Anhaltende Bemühungen durch den Arbeitgeber sind insbesondere dann zu erwarten, wenn die Forderung auf Entlassung sachlich ungerechtfertigt ist. ⁷¹⁾ Er darf sich etwaigen Unannehmlichkeiten nicht dadurch entziehen, daß er der Forderung sofort nachgibt. Das ergibt sich auch aus der Regelung des § 104 BetrVG 1972. Die Belegschaft kann gemäß § 104 BetrVG 1972 durch den Betriebsrat die Entlassung eines Arbeitnehmers nur dann verlangen, wenn er durch gesetzwidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 BetrVG 1972 enthaltenen Grundsätzen den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich gestört hat. Über § 104 BetrVG 1972 kann der Arbeitgeber also zur Kündigung gezwungen werden, wenn ein Kündigungsgrund schon

70) BAG AP Nr. 22 zu § 1 KSchG; Nr. 1, 10 zu § 626 BGB Druckkündigung; Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972; Bulla, FS - Alfred Hueck, S. 37

71) KR-Hillebrecht, § 626, Rdnr. 148; Staudinger/Neumann, § 626, Rdnr. 54; Schaub, S. 682; LAG Baden-Württemberg, BB 1975, 517; BAG BB 1977, 1150

vorliegt. Darüberhinaus sollen nach dem Sinn des Gesetzes Drückkündigungen grundsätzlich ausgeschlossen sein. ⁷²⁾

Eine Ausnahme muß jedoch dann gelten, wenn der Arbeitgeber infolge des massiven Drucks nur die Wahl hat zwischen der Entlassung des betreffenden Arbeitnehmers oder schweren wirtschaftlichen Schädigungen, vielleicht der Bedrohung des Fortbestandes des gesamten Betriebes. In einem solchen Extremfall ist die Kündigung sozial gerechtfertigt, da sie durch die Interessen des Betriebes bedingt ist. ⁷³⁾ Der Arbeitnehmer verliert seinen Arbeitsplatz, obwohl er keinen Anlaß für eine Kündigung gegeben hat, weder aus Gründen in seiner Person noch in seinem Verhalten und auch eine betriebsbedingte Kündigung an sich nicht erforderlich war.

- a) Ist die Kündigung rechtmäßig, scheiden Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber wegen Verlustes des Arbeitsplatzes aus; denn ein rechtmäßiges Verhalten kann keine Schadensersatzpflicht auslösen. ⁷⁴⁾

Dem Arbeitnehmer bleibt nur die Möglichkeit, den ihm durch den Verlust des Arbeitsplatzes entstandenen Schaden von dem druckausübenden Dritten ersetzt zu verlangen.

72) Schwerdtner, ArbR I, S. 198

73) BAG AP Nr. 1, 3, 8, 10 zu § 626 BGB Drückkündigung; Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972; LAG Baden-Württemberg, DB 1970, 2328; BB 1975, 517

74) Schwerdtner, ArbR I, S. 199f, will den Arbeitnehmern allerdings analog den §§ 9,10 KSchG einen Abfindungsanspruch gegen den Arbeitgeber geben. Die Ausgleichspflicht des Arbeitgebers ergebe sich daraus, daß er aus der Drückkündigung unmittelbare wirtschaftliche Vorteile ziehen (Vermeidung von Massenarbeitsniederlegungen, Streiks), die er an den Arbeitnehmer, der keinerlei kündigungsrelevantes Verhalten an den Tag gelegt habe, billigerweise weiterzugeben habe. Die analoge Anwendung der §§ 9,10 KSchG sei passend, da die Drückkündigung an sich ungerechtfertigt sei.

Geht man davon aus, daß das Recht am Arbeitsplatz kein sonstiges Recht i.S. des § 823 I ist, kann lediglich auf die §§ 823 II und 826 als Anspruchsgrundlagen zurückgegriffen werden. § 823 I ist sonst nicht einschlägig, da keines der dort genannten Rechte oder Rechtsgüter, insbesondere auch nicht ein schon " anerkanntes " sonstiges Recht verletzt wird.

aa) Die Haftung nach § 826 setzt eine vorsätzliche Schadenszufügung durch eine sittenwidrige Handlung voraus. Welche Handlungen unter den Begriff der guten Sitten zu subsumieren sind, hängt von der **Konkretisierung dieses** Begriffs ab.

(1) Das Gesetz sagt nicht, wann ein Verhalten gegen die guten Sitten verstößt. Aus den Motiven zum BGB geht hervor, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten gegeben sein soll, wenn die Handlungsweise " den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht ". ⁷⁵⁾ Das Reichsgericht ⁷⁶⁾ hat in ständiger Rechtsprechung diese Formulierung zur Bestimmung des Inhalts der guten Sitten übernommen und der Bundesgerichtshof ⁷⁷⁾ ist ihm darin gefolgt. Durch diese Formel wird jedoch nicht viel an Klarheit gewonnen, da sie ihrerseits wiederum der Konkretisierung durch die Rechtsprechung bedarf, wenn damit etwas sachlich Bedeutsames ausgesagt werden soll. Sie stellt aber immerhin klar, daß nicht an eine Sittlichkeit im gesinnungsethischen Sinne ⁷⁸⁾ , sondern an

75) Motive II, 727 (Mugdan II, 406)

76) RGZ 48, 124; 79, 418; 88, 254; 97, 255; RG JW 1921, 1309; JW 1935, 420

77) BGHZ 10, 232; 13, 72; 17, 332; 19, 17; 20, 50; 34, 176; BGH WM 1964, 674; WM 1969, 692

78) Vergl. dazu Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 129 ff., der drei Sphären der Sittlichkeit unterscheidet: die autonome Sittlichkeit, die Hochethik der religiösen und weltanschaulichen Systeme und die einfache Sittlichkeit der Sozialmoral, die den guten Sitten i.S. des § 826 entspricht.

die bestehende Rechts- und Sozialmoral anzuknüpfen ist. ⁷⁹⁾

Dem Richter ist es daher verwehrt, seine eigenen Anschauungen zum Maßstab zu machen. Vielmehr ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Grundlage dieses Maßstabs sind weder moralisch besonders hochstehende Anschauungen ⁸⁰⁾ noch etwa besonders laxe Ansichten und Unsitten ⁸¹⁾, selbst wenn diese weit verbreitet sind. Der Anwendungsbereich des § 826 hängt also zunächst davon ab, ob und inwieweit außerrechtliche Moralvorstellungen vorhanden sind. Das ist in einer industriellen Massengesellschaft, wie sie sich im Laufe des 20. Jahrhunderts entwickelt hat, nur noch in begrenztem Maße der Fall. Denn auf Grund der dort herrschenden Pluralität unterschiedlicher, miteinander ringender Wertauffassungen wird zwangsläufig die Schwelle, von der ab die Gesellschaft den Egoismus des einzelnen verurteilen darf, höher. Hinzu kommt, daß durch die Ersetzung menschlichen Verhaltens durch Techniken, Automaten und Computerprogramme sowie durch die zunehmende Undurchschaubarkeit von Interessenverflechtungen ein Verhalten moralischen Wertungen immer schwerer zugänglich wird. ⁸²⁾ Zwar gibt es Gebote elementarer Sittlichkeit, die von allen rechtlich Denkenden anerkannt werden und auch in einer pluralistischen Gesellschaft unverzichtbar sind. Aber diese Gebote reichen zur Beurteilung der guten Sitten nicht aus.

79) Schricker, S. 197; Baumbach/Hefermehl, Einl., Rdnr. 64; RGRK-Steffen, § 826, Rdnr. 15; Staudinger/Dilcher, § 138, Rdnr. 5 ff.; RGRK-Krüger-Nieland/Zöller, § 138, Rdnr. 21; Flume, S. 364; Krasser, S. 265 ff.

80) RGRK-Steffen, § 826, Rdnr. 15; vergl. Kübler, AcP 172, 198; Larenz, AT, S. 396 F.; vergl. BGHZ 21, 350 f.; 60, 33; NJW 1967, 873

81) RGZ 120, 148; BGHZ 10, 232; BAG NJW 1976, 1958

82) RGRK-Krüger-Nieland/Zöller, § 138, Rdnr. 22; RGRK Steffen, § 826, Rdnr. 14; Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 64 f.

Mit einer Verweisung lediglich auf außerrechtliche Maßstäbe der Sozialmoral ist somit nicht mehr auszukommen. Bei der Feststellung, was die guten Sitten erfordern, muß daher auch von der Gesamtheit der Rechtsordnung und den darin zum Ausdruck kommenden ethischen Wertvorstellungen ausgegangen werden.⁸³⁾ Insbesondere sind die Wertvorstellungen des Grundgesetzes, die auf die bestehenden Rechtsinstitute einwirken, zu berücksichtigen.⁸⁴⁾ Der Maßstab der guten Sitten gewinnt danach seine Eigenart aus der Wechselwirkung zwischen außerrechtlichen Wertordnungen und rechtsimmanenten Grundsätzen. Läßt sich aus der Rechtsordnung nicht ableiten, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, so bleiben als weitere Möglichkeiten zur Gewinnung eines Beurteilungsmaßstabs die eigene moralische Bewertung durch den Richter und die empirische Ermittlung der Einstellung der ~~Bevölkerung zu einem bestimmten~~

83) Münch/Komm-Mertens, § 826, Rdnr. 9; Erman/Brox, § 138, Rdnr. 32; RGRK-Steffen, § 826, Rdnr. 15; Münch/Komm-Mayer-Maly, § 138, Rdnr. 13; Soergel/Siebert/Knopp, § 826, Rdnr. 8 ff.; RGRK-Krüger-Nieland/Zöller, § 138, Rdnr. 19; Staudinger/Dilcher, § 138, Rdnr. 5 f.; Baumbach/Hefermehl, Einl., Rdnr. 64 ff.; Larenz, AT, S. 399

Nach dieser h.M. darf die Heranziehung der Rechtsordnung zur Bestimmung des Inhalts der guten Sitten aber nicht dazu führen, daß das ethische Fundament dieser Vorschrift verloren geht.

Dagegen will eine Mindermeinung den Begriff der guten Sitten weiter ethisch neutralisieren:

S. Schricker, S. 223 ff., der auch rationale Erkenntnisse und rechtstechnische Prinzipien berücksichtigen will. Das soll allerdings nach Münch/Komm-Mertens, § 826, Rdnr. 9 keinen Widerspruch zum sozialetischen Bezug dieser Vorschrift darstellen.

Esser/Weyers, SchuldR BT, Bd. II 2, S. 171 f., will den Begriff der guten Sitten durch den der "gewollten Ordnung des wirtschaftlichen und sonstigen Zusammenlebens" ersetzen, Simitis durch den des "ordre public", S. 169, Steindorff, JZ 1960, 582 f. durch den der Sozialadäquanz; Deutsch will wie bei anderen Generalklauseln nur noch eine objektive Güter- und Interessenabwägung vornehmen, s. JZ 1963, 390

84) BGHZ 70, 324; NJW 1972, 1415; BVerGE 7, 206; 24. 251; 8. 329; OLG Stuttgart, BB 1973, 773

Verhalten. ⁸⁵⁾ Immer ist bei der Prüfung, ob ein sittenwidriges Verhalten vorliegt, eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. ⁸⁶⁾ Zu berücksichtigen ist insbesondere, ob das Ziel bzw. der Zweck des Verhaltens, das eingesetzte Mittel und der Einsatz des Mittels zu einem bestimmten Zweck mit den in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommenden Wertvorstellungen vereinbar ist.

Wie oben erwähnt, kann eine Druckkündigung aus den unterschiedlichsten Beweggründen und Zwecken veranlaßt worden sein. Jede Fallkonstellation ist im einzelnen auf ihre Sittenwidrigkeit hin zu überprüfen; denn ob eine Druckkündigung als sittenwidrig zu bewerten ist, hängt wesentlich von diesen jeweils unterschiedlichen Gegebenheiten ab.

- (2) Denkbar ist, daß die Belegschaft oder auch außenstehende Dritte die Kündigung eines Arbeitnehmers erzwingen wollen, der z.B. einer anderen Rasse, einem anderen Glauben angehört oder andere politische Anschauungen vertritt.

In solchen Fällen ergibt sich die Sittenwidrigkeit des Verhaltens gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer regelmäßig aus der Rechtsordnung, insbesondere den in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Wertentscheidungen. ⁸⁷⁾ So ist in Art. 3 III GG u.a. ausdrücklich festgelegt, daß niemand wegen persönlicher Merkmale wie des Geschlechts, der Abstammung, Rasse etc. benachteiligt werden darf.

85) Münch/Komm-Mertens, § 826, Rdnr. 13

86) RGRK-Steffen, § 826, Rdnr. 24; RGRK-Krüger-Nieland/Zöller, § 138, Rdnr. 25; Soergel/Siebert/Knopp, § 826, Rdnr. 21; vergl. BGH NJW 1970, 658; VersR 1962, 447; WM 1958, 590; BGHZ 20, 50 f.; 27, 180; RGZ 74, 230; 143, 52; 155, 276

87) Die Generalklausel zeigen sich so als Einbruchstellen der Grundrechte - S. insbesondere BVerGE 7, 206 ff.

Art. 3 III enthält sogar ein absolutes Differenzierungsverbot, d.h. eine Differenzierung auf Grund der dort genannten Merkmale ist grundsätzlich unzulässig. Das Differenzierungsverbot gilt lediglich dann nicht, wenn es grob sachwidrig und unangemessen wäre.⁸⁸⁾ Durch die Regelung des Art. 3 III GG soll willkürliches und diskriminierendes Verhalten unterbunden werden. Die Grundrechte, auch Art. 3 III GG, gelten allerdings nur im Verhältnis Staat - Bürger und nicht unmittelbar im Privatrechtsverkehr. Die Art. 3 III GG immanenten rechtsethischen Wertmaßstäbe finden aber über die Generalklausel der guten Sitten im Privatrecht Eingang⁸⁹⁾, so auch das Willkür- und Diskriminierungsverbot. Da es sich bei beiden Verböten um fundamentale Prinzipien des Rechts handelt, liegt bei Mißachtung dieser Prinzipien ein Verstoß gegen die guten Sitten vor.⁹⁰⁾ Eine Druckkündigung, die auf Grund der in Art. 3 III GG genannten persönlichen Merkmale veranlaßt worden ist, wird damit immer sittenwidrig sein.

Geht der Druck von der Belegschaft aus, wird dieses Ergebnis bestätigt durch die §§ 75 und 104 BetrVG 1972. § 75 BetrVG 1972 wiederholt mit einigen redaktionellen Änderungen den Wortlaut des Art. 3 III GG und verschafft so den Grundsätzen des Art. 3 im Verhältnis von Arbeitgeber, Betriebsrat und Arbeitnehmern unmittelbare Geltung. In § 104 BetrVG ist bestimmt, daß der Betriebsrat vom Arbeitgeber die Entlassung oder Versetzung eines Arbeitnehmers verlangen kann, wenn dieser durch gesetzwidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 enthaltenen Grundsätzen den Betriebsfrieden wiederholt und ernsthaft gestört hat. Zwar regelt § 104 nur, wann der Betriebsrat die Entlassung eines einzelnen Arbeitnehmers verlangen kann. Aus der Stellung des Be-

88) BVerfGE 21, 343, 31, 4 ff.

89) S. oben S. 62

90) S. auch Larenz, AT, S. 400

triebsrats als Interessenvertreter der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber nach Maßgabe des BetrVG 1972 folgt aber, daß den einzelnen Arbeitnehmern gegenüber dem Arbeitgeber keine weitergehenden Rechte zustehen können als dem Betriebsrat selbst. Darum kann § 104 BetrVG 1972 auch zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer durch die gesamte Belegschaft bzw. einer Gruppe von Arbeitnehmern veranlaßte Druckkündigung herangezogen werden.

Hat ein Arbeitnehmer sich weder gesetzwidrig verhalten noch die in § 75 I enthaltenen Grundsätze grob verletzt und dadurch den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich gestört, so hat die Belegschaft danach kein Recht, die Entlassung eines Arbeitskollegen zu verlangen, geschweige daß sie die Entlassung durch einen Streik erzwingen dürfte. Eine solche Streikdrohung ist angesichts der schwerwiegenden persönlichen und wirtschaftlichen Nachteile, die ein Verlust des Arbeitsplatzes mit sich bringt, auch sozialetisch verwerflich.

Das gilt jedenfalls dann, wenn die Entlassung eines Arbeitnehmers erzwungen werden soll, der durch § 75 I BetrVG 1972 gerade vor diskriminierendem Verhalten seiner Arbeitskollegen geschützt werden soll, weil er anderer Nationalität, Religion, Herkunft etc. ist.

Auch aus den Wertungen des BetrVG 1972 läßt sich somit ein Verstoß gegen die guten Sitten herleiten.

- (3) Wird die Druckkündigung von der Belegschaft veranlaßt, weil ein Arbeitnehmer nicht gewerkschaftlich organisiert ist ⁹¹⁾, ergibt sich die Sittenwidrigkeit der Handlung gleichfalls aus der Rechtsordnung, nämlich dem GG und dem BetrVG 1972.

Durch Art. 9 III GG wird für jedermann das Recht gewährleistet, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden.

91) S. dazu eingehend Migsch, S. 125 ff.

Zum Schutzbereich des Art. 9 III GG gehört neben der positiven Koalitionsfreiheit ⁹²⁾ nach heute h.M. auch die negative Koalitionsfreiheit - das Recht einer Koalition fernzubleiben. ⁹³⁾ Wollen die Arbeitnehmer oder die Gewerkschaft einen Arbeitgeber wiederum durch einen Streik zwingen, einen nichtorganisierten Arbeitnehmer zu entlassen, so verstößt dieses Streikziel gegen die negative Koalitionsfreiheit i.S. des Art. 9 III GG und ist damit gemäß Art. 9 III S. 2 GG rechtswidrig. ⁹⁴⁾

Allerdings ist nicht jede rechtswidrige Maßnahme auch sittenwidrig. Scheuen sich die Arbeitnehmer aber nicht, den Arbeitgeber so unter Druck zu setzen, daß er sich schließlich genötigt sieht, den nicht organisierten Arbeitnehmer zu entlassen, stellt das Verhalten der Belegschaft eine völlige Mißachtung der in Art. 9 III GG garantierten Freiheiten dar. Der Arbeitnehmer wird vor die Wahl gestellt, entweder der Gewerkschaft beizutreten oder das Risiko einzugehen, seinen Arbeitsplatz zu verlieren.

Diese Alternative kommt dem Zwang zum Beitritt gleich. Ein so weitgehender Eingriff in das Recht der negativen Koalitionsfreiheit ist nicht nur rechtswidrig, sondern

92) Statt vieler: Rüthers in Brox/Rüthers, Rdnr. 83

93) BAG GS AP Nr. 13 zu Art. 9 GG; BVerfGE 4, 101 ff.; 18, 27 f.; 19, 314, 319; 28, 304; 50, 354, 367; NJW 1981, 215; Rüthers in Brox/Rüthers, Rdnr. 83; Maunz/Düring/Herzog/Scholz, Art. 9, Rdnr. 169; von Münch, Art. 9, Rdnr. 45; a.A. Hueck/Nipperdey, Bd. II 1; S. 154

94) Wie sich aus Art. 9 III S. 2 ergibt, hat Art. 9 III GG unmittelbare Geltung im Privatrecht. Demzufolge stellt sich das Problem der Drittwirkung der Grundrechte nicht.

darüberhinaus auch sittlich zu mißbilligen ⁹⁵⁾ und damit nichtig.

Die gleiche Wertung kann wiederum § 75 BetrVG 1972 entnommen werden. Danach sollen Betriebsrat und Arbeitgeber u.a. darüber wachen, daß niemand wegen seiner gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung unterschiedlich behandelt wird. Daß § 75 BetrVG 1972 den Schutz der negativen Koalitionsfreiheit umfaßt, läßt sich aus dem Begriff "Einstellung" herleiten. Dieser Begriff umfaßt sowohl die Befürwortung als auch die Ablehnung der Gewerkschaften. ⁹⁶⁾ Wie die Druckkündigung auf Grund der in Art. 3 III GG und § 75 BetrVG genannten persönlichen Merkmale steht auch die Druckkündigung, die die Entlassung eines gewerkschaftlich nicht organisierten Arbeitnehmers bezweckt, im Gegensatz zu den Wertungen der §§ 75, 104 BetrVG 1972.

- (4) Als Beweggrund für eine Druckkündigung durch die Belegschaft kommt weiterhin in Frage, daß einer der Arbeitnehmer bei allen anderen sehr unbeliebt ist. ⁹⁷⁾

In diesem Fall der Druckkündigung erscheint ein Verstoß gegen die guten Sitten zweifelhaft. Denn die Belegschaft möchte zumindest aus verständlichem Grund nicht mehr mit dem betroffenen Arbeitnehmer zusammenarbeiten. Die sittliche Mißbilligung des Handelns ergibt sich daher nicht wie oben allein schon aus dem Ziel oder dem Beweggrund des Handelns.

95) Vergl. RGZ 104, 327; Larenz, AT S. 400; s. auch schon dazu die Materialien zum BGB - Mugdan I, S. 969

96) Dietz/Richardi, § 75, Rdnr. 14; Galperin/Löwisch, § 75, Rdnr. 20; Thiele, GK-BetrVG, § 75, Rdnr. 17; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 75, Rdnr. 15

97) Vergl. Herschel, RdA 1960, 126

Bei der Gesamtwürdigung des Verhaltens der druckausübenden Arbeitnehmer ist jedoch zu ihren Lasten zu berücksichtigen, daß sie sich nicht scheuen, nur zur Wahrung ihrer eigenen Vorteile und Annehmlichkeiten einem anderen Arbeitnehmer seine Existenzgrundlage zu nehmen und zudem möglicherweise die Existenz des gesamten Betriebes aufs Spiel zu setzen.

Auch ein solches Verhalten genügt den in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommenden sozialetischen Verhaltensanforderungen regelmäßig nicht, da es egoistisch und rücksichtslos ist. 98)

Eine Belegschaft, die nicht davor zurückschreckt, durch einen Streik oder Massenkündigungen einen ganzen Betrieb lahmzulegen, nur um einen ihr unangenehmen Kollegen aus dem Betrieb drängen zu können, handelt in hohem Maße eigennützig, insbesondere angesichts der damit für den Betroffenen verbundenen Konsequenzen. Infolge von persönlichen Antipathien soll einem anderen Arbeitnehmer seine Arbeitsstelle und damit seine Existenzgrundlage genommen werden. Dabei wird der Arbeitnehmer in der heutigen Wirtschaftslage Schwierigkeiten haben, wieder eine neue Arbeitsstelle zu finden. Diese schwerwiegenden Nachteile für den betroffenen Arbeitnehmer stehen in keinem Verhältnis zu den Unannehmlichkeiten bzw. Nachteilen, die die Belegschaft hinnehmen muß, wenn sie weiter mit dem mißliebigen Arbeitnehmer zusammenarbeiten soll. Schließlich muß in einer großen Gruppe immer damit gerechnet werden, daß sich einzelne nicht in die Gemeinschaft einfügen. Hält ein Belegschaftsmitglied die weitere Zusammenarbeit für unerträglich, so bleibt ihm selbst die Möglichkeit, den Betrieb zu verlassen.

98) Siehe zu den sozialetischen Verhaltensanforderungen, die sich aus der Rechtsordnung ergeben: Münch/Komm-Mertens, § 826, Rdnr. 32

Weiterhin ist im Rahmen der Gesamtwürdigung des Verhaltens zu berücksichtigen, daß eine Druckkündigung nur unter sehr strengen Voraussetzungen wirksam ist. Ist das der Fall, so hat die Belegschaft um dieses Zieles willen in Kauf genommen, dem Arbeitgeber schwere wirtschaftliche Schäden zuzufügen, die zwangsläufig beispielsweise durch einen Streik verursacht werden, und möglicherweise sogar die Existenz des gesamten Betriebes zu gefährden. Der Arbeitgeber wird auf diese Weise dermaßen unter Druck gesetzt, daß ihm, obwohl der betreffende Arbeitnehmer nicht einmal die Ursache für einen Kündigungsgrund gesetzt hat, keine andere Wahl bleibt, als diesen zu entlassen. Damit geht letztlich Gewalt vor Recht. 99)

Auch dieser Fall der Druckkündigung ist folglich nicht mit den guten Sitten vereinbar. Die Motivation der Arbeitnehmer für ihr Verhalten ist zwar noch nachvollziehbar, die damit verbundenen Folgen stehen aber in keinem Verhältnis zu der Bedeutung des Anlasses dieses Verhaltens.

Die Gesichtspunkte, die in der vorliegenden Fallkonstellation die Sittenwidrigkeit der Veranlassung der Druckkündigung begründet haben, werden darüberhinaus bei jeder anderen Variante einer Druckkündigung schwerwiegend ins Gewicht fallen. Denn zum einen sind an die Wirksamkeit einer Druckkündigung immer gleichermaßen hohe Anforderungen zu stellen, so daß die Belegschaft, die ihr Ziel (wirksame Kündigung) tatsächlich erreicht hat, regelmäßig schwere wirtschaftliche Schädigungen des Betriebes in Kauf genommen hat. Zum anderen wird der schwere Schaden, der dem Arbeitnehmer mit dem Verlust des Arbeitsplatzes zugefügt wird, wohl immer außer Verhältnis zu dem Anlaß des Handelns der Belegschaft stehen.

99) Schwerdtner, ArbR I, S. 198; Herschel, FS - Lehmann, S. 662

- (5) Schließlich ist noch ein Fall der Druckkündigung zu erörtern, der nicht von der Belegschaft, sondern von Kunden, Lieferanten etc., also von Vertragspartnern des Arbeitgebers ausgeht. Diese können den Arbeitgeber unter Druck setzen, indem sie mit dem Abbruch von Geschäftsbeziehungen drohen und so die Entlassung eines Arbeitnehmers erzwingen. Anlaß für die Druckkündigung kann etwa sein, daß der Arbeitnehmer sich beleidigend über den Vertragspartner seines Arbeitgebers geäußert hat und er darum nicht mehr mit diesem zusammenarbeiten möchte.

Würde der Arbeitgeber durch den Abbruch der Geschäftsbeziehungen in große wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, etwa weil der Druckausübende sein Hauptabnehmer oder Hauptlieferant ist, ist die Druckkündigung regelmäßig wirksam. ¹⁰⁰⁾

Allerdings macht sich ein Unternehmer, der laufende Verträge bricht oder aber die Fortsetzung eines Vertrages ablehnt, obwohl er eine Monopolstellung auf dem Markt hat, gegenüber seinem Vertragspartner schadensersatzpflichtig. Der durch den Abbruch der Geschäftsbeziehungen geschädigte Arbeitgeber kann gemäß § 826 oder wegen positiver Vertragsverletzung von dem anderen Schadensersatz verlangen. Das schließt aber nicht aus, daß er durch den Abbruch der Geschäftsbeziehungen zunächst in große wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und damit gezwungen ist, einen Arbeitnehmer zu entlassen. Denn bis ein solcher Schadensersatzanspruch geltend gemacht ist, kann ein Unternehmen längst ruiniert sein. Zudem ist zweifelhaft, ob der andere so solvent ist, daß er den ganzen entstandenen Schaden ersetzen kann.

Ist die Druckkündigung wirksam, scheiden Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber wiederum aus. Dem Arbeitnehmer bleibt nur der Anspruch aus § 826 gegen

100) Herschel, RdA 1960, 126

den druckausübenden Dritten.

Voraussetzung ist, daß die Drohung mit dem Abbruch von Geschäftsbeziehungen, mit dem Ziel, die Entlassung eines Arbeitnehmers zu erzwingen, gegen die guten Sitten verstößt.

Fordert ein Unternehmer die Entlassung eines Arbeitnehmers, der sich beleidigend über ihn geäußert hat, läßt sich die Sittenwidrigkeit nicht schon allein aus dem Beweggrund oder Ziel seines Handelns herleiten. Denn der Unternehmer hat ein berechtigtes Interesse daran, nicht mehr mit dem entsprechenden Arbeitnehmer geschäftlich zusammenzuarbeiten zu müssen. Er will den Arbeitgeber auch nicht zu einem rechtswidrigem Verhalten zwingen. Eine Kündigung des betreffenden Arbeitnehmers wäre aus Gründen in seinem Verhalten gemäß § 1 KSchG sozial gerechtfertigt.

Die Sittenwidrigkeit des Handelns des Unternehmens ergibt sich aber aus der Art und Weise seines Vorgehens. Die Drohung mit dem Abbruch von Geschäftsbeziehungen ist nicht das geeignete Mittel, um gegen einen Arbeitnehmer, der sich abfällig über den Vertragspartner des Arbeitgebers geäußert hat, vorzugehen. Denn der betroffene Unternehmer wendet sich damit nicht gegen den Arbeitnehmer selbst mit dem Verlangen z.B. die Äußerungen richtigzustellen bzw. zu widerrufen. Statt dessen richtet er seine Sanktionen gegen den an der Beleidigung unbeteiligten Arbeitgeber. Um die Entlassung eines Arbeitnehmers zu erzwingen, nimmt der druckausübende Unternehmer bewußt in Kauf, seinem Vertragspartner schwere wirtschaftliche Schäden zuzufügen. Dabei hätte der Unternehmer nach den gesetzlichen Regelungen von dem Arbeitnehmer Widerruf oder aber Unterlassung der Äußerung für die Zukunft, je nachdem ob darin eine unrichtige Tatsachenbehauptung oder ein herabwürdigendes Werturteil lag ¹⁰¹⁾ und weiterhin Schadensersatz verlangen können.

101) Erman/Weitnauer, Anhang zu § 12, Rdnr. 43 ff.;
Erman/Drees vor § 823, Rdnr. 92 ff.

Mögliche Anspruchsgrundlagen sind § 823 I wegen Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder aber wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, § 823 II i.V. mit §§ 185, 186, 187 StGB ¹⁰²⁾, § 824, § 826. Wäre der Arbeitnehmer nicht bereit gewesen, seine Äußerungen freiwillig zurückzunehmen, hätte der Unternehmer gerichtlich gegen ihn vorgehen müssen. Die Drohung mit dem Abbruch von Geschäftsbeziehungen war somit nicht erforderlich, um sich gegen die Äußerungen des Arbeitnehmers zu wehren und ist daher sittenwidrig.

Zwar kann der Unternehmer, wenn er den Arbeitnehmer auf Widerruf, Unterlassung etc. verklagt, nicht dessen Entlassung erreichen und möglicherweise auch nicht verhindern, mit diesem in der Zukunft zusammenzuarbeiten.

Entschließt sich aber der Arbeitgeber, seinen Arbeitnehmer trotz seines Fehlverhaltens nicht zu entlassen, etwa weil es sich um einen fähigen Mitarbeiter handelt, muß der Vertragspartner diese Entscheidung respektieren. Es kann von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden, wenn der Unternehmer sich in die Sphäre des anderen einmischt und durch Ausübung von Druck eine andere Entscheidung zu erzwingen sucht. Denn insbesondere wenn ein langfristiger Vertrag abgeschlossen wird, muß u.a. auch mit Schwierigkeiten bei der Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern des Vertragspartners gerechnet werden. Hält ein Vertragspartner die weitere Zusammenarbeit auf Grund dessen für unerträglich, muß er sich der gesetzlichen Möglichkeiten bedienen, um das Vertragsverhältnis zu beenden, also z.B. kündigen oder von dem Vertrag zurücktreten. Ist kein Kündigungs- oder Rücktrittsgrund gegeben, hat er die sich bei der Abwicklung des Vertrages ergebenden Schwierigkeiten hinzunehmen.

102) Die §§ 185 ff. StGB sind Schutzgesetze i.S. des § 823 II - Münch/Komm-Mertens, § 823, Rdnr. 168; RGZ 115, 79; 156, 374

Aber auch wenn ein Kündigungsgrund besteht, darf er dieses Recht nicht dazu nutzen, seinen Geschäftspartner unter Druck zu setzen, um eine bestimmte Entscheidung zu erzwingen. Die Sittenwidrigkeit des Verhaltens des Unternehmers ergibt sich somit ferner daraus, daß dieser nach der Rechtsordnung keinen Anspruch darauf hat, die Entlassung eines Arbeitnehmers zu verlangen.

- (6) Eine sittenwidrige Handlung allein verpflichtet aber noch nicht zum Schadensersatz. Die sittenwidrige Handlungsweise muß mit dem Vorsatz der Schadenszufügung verbunden sein. Die Sittenwidrigkeit der Handlung braucht dagegen nicht vom Vorsatz umfaßt zu sein. Der Schädiger muß nur die Tatumstände gekannt haben, die sein Verhalten als sittenwidrig erscheinen lassen. ¹⁰³⁾

Zu dem Vorsatz der Schadenszufügung gehört nicht, daß der Schädiger im einzelnen weiß, wer durch seine Handlung Geschädigte sein wird. ¹⁰⁴⁾

Will jemand durch die Ausübung von Druck die Entlassung eines Arbeitnehmers erreichen, so ist ihm in jedem Fall bewußt, daß der Arbeitnehmer mit dem Verlust seines Arbeitsplatzes seinen Lohnanspruch, betriebliche Anwartschaften etc. verliert. Im Falle der Drückkündigung liegt der Schädigungsvorsatz somit **regelmäßig vor**.

Ist der Tatbestand des § 826 erfüllt, kann der Geschädigte gemäß §§ 826, 249 den gesamten durch die sittenwidrige Schädigung entstandenen Schaden ersetzt verlangen. Im Falle der Drückkündigung kommt insbesondere Ersatz in Höhe des Arbeitslohnes, für den Verlust betrieblicher Anwartschaften, von Kreditzinsen in Betracht.

103) Staudinger/Schäfer, § 826, Rdnr. 68 f.; Larenz, SchuldR BT, Bd. II, S. 638; Münch/Komm-Mertens, § 826, Rdnr. 42 f.; Medicus, Rdnr. 624; BGHZ 8, 87; BGH NJW 1973, 2285

104) Münch/Komm-Mertens, § 826, Rdnr. 62; Palandt/Thomas, § 826, Anm. 3 a

- bb) In Einzelfällen der Druckkündigung kommt abgesehen von § 826 weiterhin ein Anspruch aus § 823 II in Betracht.

Richtet sich der Druck gegen einen Arbeitnehmer, der gewerkschaftlich bzw. nicht gewerkschaftlich organisiert ist, stellt sich die Frage, ob Art. 9 III GG als Schutzgesetz i.S. des § 823 II angesehen werden kann.

Schutzgesetze sind alle materiellen Normen, die ein bestimmtes Verhalten gebieten oder verbieten und zumindest auch den Schutz des einzelnen oder einzelner Personenkreise bezwecken.^{104 a)} Durch Art. 9 III GG wird u.a. das Recht des einzelnen Arbeitnehmers gewährleistet, einer Koalition beizutreten und fernzubleiben. Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, dieses Recht einzuschränken oder zu behindern, sind gemäß Art. 9 III 2 GG rechtswidrig. Da Art. 9 III GG somit ein gesetzliches Verbot enthält und auch dem Schutz des einzelnen Arbeitnehmers dient, handelt es sich um ein Schutzgesetz i.S. des § 823 II.¹⁰⁵⁾ Daß Art. 9 III GG eine Verfassungsvorschrift ist, steht dem Schutzgesetzcharakter nicht entgegen, da Art. 9 III 2 GG unmittelbare Wirkung im Privatrecht zukommt, also auch zwischen den einzelnen Bürgern gilt.

Geht die Veranlassung einer Druckkündigung von dem Betriebsrat eines Betriebes aus, ist zu prüfen, ob nicht einzelnen Vorschriften des BetrVG Schutzgesetzqualität zukommt.¹⁰⁶⁾ Im Falle der Druckkündigung ist dabei insbesondere § 75 BetrVG 1972 in Erwägung zu ziehen, der schon bei der Sittenwidrigkeit berücksichtigt wurde.¹⁰⁷⁾ Durch § 75 BetrVG werden Arbeitgeber und Betriebsrat bestimmte Amtspflichten auferlegt. Diese Amtspflichten

104 a) Palandt/Thomas, § 823, Anm. 9 a, b

105) S. auch Seiter, S. 528; BAG NJW 1967, 846

106) Zur Haftung des Betriebsrats- s. im einzelnen unten S. 139 ff.

107) Seiter, S. 529, will im Wege eines Umkehrschlusses aus § 104 BetrVG sogar ein grundsätzliches Verbot kämpfweiser Durchsetzung eines Entlassungsverlangens entwickeln. Er meint, daß die Rechtsprechung dabei noch im Rahmen ihrer Befugnisse zur Rechtsfortbildung bleiben würde.

sollen nicht nur dem kollektiven Interesse der gesamten Belegschaft sondern zumindest auch dem Schutz des einzelnen Arbeitnehmers dienen. Denn zwar hat § 75 im Interesse der gesamten Belegschaft zum Ziel, den Betriebsfrieden zu wahren. Der Schutz des einzelnen Arbeitnehmers vor Diskriminierung aus den in § 75 BetrVG genannten Gründen steht aber im Vordergrund. Auch im Interesse der gesamten Belegschaft dürfte die Benachteiligung eines einzelnen Arbeitnehmers nicht hingenommen werden. ¹⁰⁸⁾

Aus den oben erläuterten Beispielen ergibt sich damit, daß alle bisher diskutierten Varianten der Druckkündigung, die einen rechtswidrigen Eingriff in ein Recht am Arbeitsplatz darstellen würden, jedenfalls in den Anwendungsbereich des § 826 fallen. Darüberhinaus können sie teilweise durch § 823 II erfaßt werden.

Die Sittenwidrigkeit der Druckausübung kann aus den der Verfassung und dem BetrVG zugrundeliegenden Wertungen sowie aus bestimmten sozialetischen Verhaltensanforderungen hergeleitet werden. Die Beurteilung des Verhaltens auf seine Sittenwidrigkeit hin, erfordert stets eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalls. Eine ähnliche Gesamtwürdigung wäre aber ebenso bei Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I vorzunehmen. Denn auch dort kann nicht schon jede Beeinträchtigung des Rechts am Arbeitsplatz die Schadensersatzpflicht gemäß § 823 I auslösen. Die Folge wäre sonst eine uferlose Ausdehnung der Haftung. Vielmehr ist wie bei § 826 im Wege einer Güter- und Interessenabwägung zu ermitteln, ob ein tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Eingriff gegeben ist. Während § 826 aber nach herkömmlichem Verständnis ein subjektiv vorwerfbares Verhalten des Schädigers voraussetzt, genügt es für § 823, wenn ein Verhalten nach objektiven Kriterien nicht mit der Rechtsordnung übereinstimmt. Insofern sind an einen Eingriff in ein Recht am Arbeitsplatz geringere Anforderungen zu stellen.

108) Gramm, AR-Blattei, D, Betriebsverf. VII, B II 2 c, cc; Gester, AuR 1959, 330; Junker, Diss., S. 117; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 75, Rdnr. 53; Thiele in GK-BetrVG, § 75, Rdnr. 54

Möglicherweise wäre also der Veranlasser einer Druckkündigung wegen Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz schadensersatzpflichtig, wenn das Verhalten die Schwelle der Sittenwidrigkeit noch nicht erreicht hat.

Der Unterschied zwischen einem rechtswidrigen Eingriff in ein Recht am Arbeitsplatz und einer sittenwidrigen Schädigung ist aber nicht so groß, wie es auf den ersten Blick erscheint. ¹⁰⁹⁾ Denn angesichts der Tatsache, daß der Begriff der Sittenwidrigkeit u.a. an den Wertungen von Gesetzesnormen und rechtsimmanenten Prinzipien gemessen wird, verliert das in der Sittenwidrigkeit liegende Unwerturteil teilweise seinen personalen Bezug. So enthält die Rechtsordnung auch sittlich wertfreie soziale Ordnungsmodelle, die notwendig sind, um die in einer Gesellschaft widerstreitenden Interessen, sei es politischer, sozialer oder ökonomischer Art miteinander vereinbaren zu können. Das Verständnis der guten Sitten geht damit weit über elementare sittliche Verhaltensanforderungen hinaus. Von den guten Sitten werden auch die gesellschaftlichen Normvorstellungen darüber erfaßt, welches berufliche und soziale Verhalten von einem "anständigen" Mitglied der Gesellschaft erwartet werden kann. Je nach dem Verhalten, um dessen Beurteilung es geht, stellt die Gesellschaft unterschiedlich hohe Erwartungen an die Moral oder aber die Sachkompetenz und Funktionserfüllung. ¹¹⁰⁾ Dementsprechend gleichen sich in vielen Fällen die Anforderungen, die an die in § 826 als auch § 823 I vorzunehmende Interessenabwägung zu stellen sind.

109) Vergl. Assmann/Kübler, ZHR 142, 423; Kübler, AcP 172, 195 ff., der prüft, ob es angesichts des § 826 überhaupt noch des Rechts am Gewerbebetriebs bedarf; Mertens, AcP 178, 239; RGRK-Steffen, § 826 Rdnr. 4

110) Mertens, ZHR 143, 179, FN. 8; Münch/Komm-Mertens, § 826, Rdnr. 9; Coing, WPM 1980, 1029

Der Schutz des Arbeitnehmers würde mit Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz nicht verbessert, sondern die Frage der Interessenabwägung lediglich auf § 823 verlagert, ohne daß sich im Ergebnis sachlich etwas ändern würde. Daß § 826 keinen Schutz gegen fahrlässiges Fehlverhalten gewährt, ist bei der Druckkündigung ohne Bedeutung. Denn der Schädigungsvorsatz liegt notwendig immer vor. ¹¹¹⁾

Auch wenn der Druckausübende glaubt, rechtmäßig zu handeln, berührt das nicht den Schädigungsvorsatz.

Im Falle der wirksamen Druckkündigung besteht damit kein Bedürfnis, das Recht am Arbeitsplatz anzuerkennen.

- b) Ist die Druckkündigung unwirksam, weil der Arbeitgeber sich dem Druck nicht hätte beugen dürfen, kann auf die Ausführungen zur Anerkennung eines Rechts am Arbeitsplatz im Verhältnis vom Arbeitgeber zum Arbeitnehmer verwiesen werden (S. oben S. 29 ff.). Da die Kündigung unwirksam ist, besteht das Arbeitsverhältnis unter der Voraussetzung, daß der Arbeitnehmer rechtzeitig Kündigungs-
schutzklage erhebt, weiter fort. Gemäß § 615 behält der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch, ohne seinerseits die Arbeit nachleisten zu müssen. Sind darüberhinaus weitere Schäden entstanden, kann der Arbeitnehmer diese wegen positiver Vertragsverletzung ersetzt verlangen. Denn wenn der Arbeitgeber nicht ausreichend versucht, den Arbeitnehmer vor dem Druck der Belegschaft oder von außen zu schützen, verletzt er damit seine Fürsorgepflichten aus dem Arbeitsvertrag. ¹¹²⁾

Gegen die druckausübenden Dritten kommen wiederum Ansprüche aus § 826 in Betracht.

111) S. oben S. 73

112) KR-Hillebrecht, § 626, Rdnr. 149; Staudinger/Neumann, § 626, Rdnr. 54; Schaub, S. 781; BAG AP Nr. 1, 3, 8, 10 zu § 626 Druckkündigung

Selbst wenn der Tatbestand des § 826 im Einzelfall nicht vorliegt, etwa weil der Arbeitgeber die Forderung der Belegschaft befolgt hat, ohne daß diese überhaupt massiven Druck einsetzen wollte, ist die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz nicht erforderlich, da die Arbeitnehmer in jedem Fall Ansprüche gegen den Arbeitgeber haben.

Alle bisher diskutierten Fälle der Druckkündigung können damit auch ohne die Schaffung des Rechts am Arbeitsplatz befriedigend gelöst werden.

2) Durch einen Boykott

Ein Boykott liegt vor, wenn jemand - der Boykottierer - einen bestimmten Personenkreis - die Boykottanten - auffordert, die Beziehungen zu einem bestimmten Dritten - dem Boykottierten - ganz oder teilweise abubrechen.¹¹³⁾

Die Aufforderung kann zu dem Zweck erfolgen, entweder ein zurückliegendes Verhalten zu sühnen (Repressivboykott) oder ein zukünftiges Verhalten herbeizuführen (Präventivboykott). Arbeitsrechtliche Bedeutung hat nur der Boykott, der der Verbesserung von Lohn- und Arbeitsbedingungen dient, also einen Arbeitskampf enthält. Kampfparteien sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer in ihrer Funktion als soziale Gegenspieler des Arbeitslebens.¹¹⁴⁾ Der Boykott kann sich jedoch gleichfalls unmittelbar gegen Angehörige der gleichen sozialen Gruppe, z.B. als Mittel des Organisationszwangs oder der Maßregelung richten. Mittelbar soll auch in diesem Fall der soziale Gegenspieler getroffen werden.¹¹⁵⁾

Ein Boykott gegen einen Arbeitnehmer kann also sowohl von einem Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverband als auch von der übrigen Belegschaft ausgehen.

113) Herschel, ArbR, S. 28; Schaub, S. 1133; BAG AP Nr. 6 zu § 1 TVG Form; umstritten ist, ob der Boykott durch ein Dreiecksverhältnis gekennzeichnet sein muß - s. Brox in Brox/Rüthers, RdNr. 66

114) Brox in Brox/Rüthers, RdNr. 65; Herschel, ArbR, S. 28

115) Nikisch, Bd. II, S. 99 f.; Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 911; s. weiterhin die Ausführungen zur Druckkündigung, insbes. S. 65 ff.

Die Arbeitgeberseite kann die Arbeitnehmer vor allem dadurch boykottieren, daß sie eine Einstellungssperre verhängt. Das ist beispielsweise der Fall, wenn ein Arbeitgeberverband beschließt, daß Arbeitnehmer, die bei Mitgliedern des Verbandes ausgeschieden sind, nicht von anderen Mitgliedern des Verbandes eingestellt werden dürfen, in einem Rundschreiben vor der Einstellung bestimmter Arbeitnehmer warnt oder aber ein Zeugnis von einem Arbeitgeber in nicht ersichtlicher Weise gekennzeichnet wird. Arbeitnehmer können andere Arbeitnehmer boykottieren, indem sie sich weigern, mit diesem zusammenzuarbeiten und den Arbeitgeber deshalb aufzufordern, sie nicht einzustellen oder zu entlassen.

Wird die Einstellung eines Arbeitnehmers, sei es durch Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerseite boykottiert, stellt sich die Frage nicht, ob eine Notwendigkeit besteht, zum Schutze der Arbeitnehmer ein Recht am Arbeitsplatz anzuerkennen. In diesem Fall ist die Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz gar nicht denkbar, da der Schutzbereich noch nicht betroffen ist. Das läßt sich der Formulierung " das Recht am Arbeitsplatz " entnehmen. Diese Formulierung besagt, daß der Arbeitnehmer nur vor dem Entzug oder der Beeinträchtigung einer Rechtsposition geschützt werden soll, die er bereits erworben hat. Dagegen soll kein Schutz vor solchen Eingriffen gewährt werden, die schon die Erlangung dieser Rechtsposition verhindern. ¹¹⁶⁾ Will man die Arbeitnehmer durch § 823 I auch vor den sogenannten " schwarzen Listen " schützen, wäre die

116) Vergl. Brox/Rüthers, 1. Auflage, S. 119 ff.; Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 996, FN 26; Fabricius, AcP 160, 309

Anerkennung eines Rechts auf Arbeit ¹¹⁷⁾ bzw. sogar auf eine bestimmte Arbeitsstelle erforderlich.

Die Schaffung eines solchen Rechts ist aber nicht mit dem grundsätzlich auch im Arbeitsrecht geltenden Prinzip der Vertragsfreiheit vereinbar. Danach unterliegt es der freien Entscheidung des Arbeitgebers, ob er überhaupt und gegebenenfalls mit wem er seinen Arbeitsvertrag abschließen will. Die Vertragsfreiheit ist als Teil des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 I GG verfassungsrechtlich garantiert. ¹¹⁸⁾ Die allgemeine bürgerlich-rechtliche und damit auch die arbeitsrechtliche Anerkennung hat die Vertragsfreiheit in den §§ 241, 305 BGB gefunden. Nur in wenigen Fällen bestehen im Arbeitsrecht Abschlußgebote. ¹¹⁹⁾ Erkennt man ein Recht auf Arbeit bzw. sogar auf eine bestimmte Arbeitsstelle als sonstiges Recht i.S. des § 823 I an, würde damit indirekt ein Abschlußzwang erzeugt. Das aber ist mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht vereinbar.

117) Das in manchen Verfassungen vorgesehene Recht auf Arbeit (s. z.B. Art. 24 I S. 3 Verf NRW) ist ein öffentliches Recht, das sich gegen die Allgemeinheit, insbesondere den Staat richtet, nach Möglichkeit für die Beschaffung von Arbeitsgelegenheiten zu sorgen. Dieser Anspruch wird befriedigt, wenn dem Arbeitnehmer die Möglichkeit geboten wird, ein Arbeitsverhältnis einzugehen -
s. Schaub, S. 664 m.w. N. FN 3

118) Schmidt-Salzer, NJW 1970, 8; BVer -GE 8, 328; BVerwGE 1, 323

119) Die wichtigsten gesetzlichen Abschlußgebote bestehen für Schwerbehinderte, § 18 VII SchwbG, Inhaber von Bergmannsversorgungsscheinen, S. Schaub, S. 1068 f., für alle Arbeitnehmer nach Abschluß eines Arbeitskampfes, BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Tarifliche Abschlußgebote können gemäß § 1 TVG normativ vereinbart werden, s. Schaub, S. 128 f.

Daß der Arbeitgeber nicht zu der Einstellung eines bestimmten Arbeitnehmers gezwungen werden kann, ergibt sich weiterhin aus den Wertungen des BetrVG 1972. Gemäß § 99 BetrVG 1972 hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Einstellung der Arbeitnehmer. Aus den in § 99 II genannten Gründen kann er die Zustimmung zur Einstellung eines bestimmten Arbeitnehmers verweigern. Er hat aber keine Möglichkeit, die Einstellung eines Arbeitnehmers zu erzwingen. Zwar regelt § 99 nur die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen und nicht die Rechte der einzelnen Arbeitnehmer. Weitergehende Rechte als dem Betriebsrat, dem als Interessenvertreter der Arbeitnehmerschaft eine Vielzahl von Mitbestimmungsrechten eingeräumt worden ist, können aber den einzelnen Arbeitnehmern nicht zustehen.

Im Falle des Boykotts eines Arbeitnehmers in Form der Einstellungssperre würde diesem die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz somit nicht zu einem größeren Schutz verhelfen, da die Beeinträchtigung durch eine Einstellungssperre im Vorfeld des Schutzbereichs des Rechts am Arbeitsplatz liegt. Eine Erweiterung des Schutzbereichs ist auf Grund des Prinzips der Vertragsfreiheit ausgeschlossen. Weitergehende Prüfungen, inwieweit der Arbeitnehmer im Falle einer Einstellungssperre Schadensersatz gemäß § 826 verlangen kann, erübrigen sich damit im Rahmen dieser Untersuchung.

Fordern die anderen Arbeitnehmer die Entlassung eines Kollegen, kommt es für die Ansprüche dieses Arbeitnehmers darauf an, ob die Belegschaft sich mit einer bloß verbalen Forderung begnügt, oder aber den Arbeitgeber durch Arbeitsniederlegungen, Androhung von Massenkündigungen etc. unter Druck setzen will. 12o)

12o) Zum Boykott durch die Arbeitnehmerseite siehe - Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 911; Nikisch, Bd. II, S. 99 ff.; Herschel, ArbR, S. 29

Ist letzteres der Fall, liegt genau die Situation der Druckkündigung vor. Ist der Druck so stark, daß dem Arbeitgeber keine andere Wahl bleibt, als den Arbeitnehmer zu entlassen, muß der Arbeitnehmer seinen Schadensersatzanspruch gegen die boykottierende Belegschaft richten. Hätte der Arbeitgeber nicht kündigen dürfen, bleibt dem betroffenen Arbeitnehmer auf jeden Fall die Möglichkeit, vertragliche Ansprüche gegen den Arbeitgeber geltend zu machen. Im einzelnen kann auf die Ausführungen zur Druckkündigung verwiesen werden. 121)

Der Fall, daß die Arbeitnehmer die Entlassung einer ihren Kollegen verlangen, ohne dieser Forderung gegebenenfalls Nachdruck verleihen zu wollen, wird praktisch kaum vorkommen; denn die Belegschaft kann nicht damit rechnen, daß der Arbeitgeber dieser Aufforderung freiwillig Folge leisten wird, wenn der boykottierte Arbeitnehmer keinen Anlaß für eine Kündigung gegeben hat. Sollte das doch einmal der Fall sein, ist die Kündigung unwirksam, so daß der Arbeitnehmer, vorausgesetzt er erhebt Kündigungsschutzklage, in jedem Fall wieder Ansprüche gegen den Arbeitgeber hat. 122) Folgt der Arbeitgeber der Aufforderung der Belegschaft nicht, scheitern sämtliche Schadensersatzansprüche an dem Erfordernis eines Schadens.

Auch für den Fall des Boykotts erübrigt sich damit die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz.

3) Behinderung Arbeitswilliger durch Streikende

Die Frage nach der Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz stellt sich ferner für den Fall, daß streikende Arbeitnehmer versuchen, arbeitswillige Kollegen an der Aufnahme der Arbeit zu hindern. Dies kann auf verschiedene Art und Weise erfolgen.

121) S. oben S. 59 ff.

122) S. oben S. 77

So besteht die Möglichkeit, daß die Streikenden den Arbeitswilligen lediglich gütlich zureden und an deren Solidarität appellieren. **Nicht immer gehen sie aber** so rücksichtsvoll mit ihren arbeitswilligen Kollegen um. **Sie sind** etwa nur bereit, denjenigen Arbeitnehmern Zugang zum Betrieb zu gewähren, die einen von der Streikleitung ausgestellten Passierschein besitzen. Anderen Arbeitswilligen wird der Zugang zum Betrieb versperrt, indem Postenketten gebildet werden oder die Streikposten sich mit anderen Arbeitnehmern vor dem Eingang des Betriebes massiert aufstellen und eine drohende Haltung einnehmen. Zum Teil werden Arbeitswillige photographiert und deren Namen notiert, um diese als Streikbrecher entlarven zu können. Schließlich kann es auch noch vorkommen, daß die Streikposten gewalttätig werden, die Arbeitswilligen schlagen etc.. Den Arbeitnehmern, die infolge dieser Maßnahmen ihre Arbeit nicht aufgenommen haben, verweigert der Arbeitgeber die Lohnzahlung. Diese Arbeitnehmer verlangen von den Streikposten als auch von der Gewerkschaft Schadensersatz in Höhe der Lohnforderung.

Voraussetzung ist, daß die Streikposten durch ihr Verhalten den Lohnanspruch überhaupt noch beeinträchtigen konnten, er also während des Arbeitskampfs nicht schon untergegangen war. Hat der Arbeitgeber den Arbeitskampfrahmen durch eine Abwehraussperrung erweitert, ist schon dadurch der Lohnanspruch der bis dahin Arbeitswilligen entfallen. ¹²³⁾ Hat der Arbeitgeber die restlichen Arbeitnehmer zwar nicht ausgesperrt, kann sie aber infolge des Streiks nicht sinnvoll beschäftigen, verlieren die Arbeitnehmer nach den Grundsätzen zum Arbeitskampfrisiko ihren Anspruch auf Lohn. ¹²⁴⁾ Der Lohnanspruch der arbeitswilligen Arbeitnehmer bleibt demnach nur dann bestehen, wenn der Arbeitgeber sie nicht ausgesperrt hat und im Betrieb eine sinnvolle Beschäftigungsmöglichkeit besteht.

123) S. oben S. 28

124) BAG DB 1981, 322; Rüthers in Brox/Rüthers, Rdnr. 171, 177, m.w.N.

Lediglich bei dieser Fallkonstellation können die Streikposten die Arbeitswilligen schädigen, wenn es ihnen gelingt, diese an der Aufnahme der Arbeit zu hindern.

- a) Ansprüche gegen den oder die Streikposten
- aa) Ein Anspruch auf Schadensersatz könnte sich aus § 823 II ergeben. § 823 II setzt einen schuldhaften Verstoß gegen ein Gesetz, welches den Schutz eines anderen bezweckt, voraus. Als Schutzgesetz zugunsten der Arbeitswilligen kommt hier insbesondere § 240 StGB in Betracht. ¹²⁵⁾

Der Tatbestand des § 240 StGB wäre erfüllt, wenn die Streikposten die Arbeitswilligen durch Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel dazu genötigt haben, den Betrieb nicht zu betreten und demzufolge nicht zu arbeiten. Ob das Verhalten von Streikposten als Nötigung zu qualifizieren ist, hängt entscheidend davon ab, auf welche Art und Weise die Arbeitswilligen an dem Betreten des Betriebes gehindert worden sind.

Grundsätzlich ist es der Arbeitnehmerseite gestattet, Streikposten vor dem Betrieb aufzustellen. Denn zum Begriff des Streiks gehört es auch, bisher noch Arbeitswillige oder neue Arbeitskräfte von der Arbeit abzuhalten. ¹²⁶⁾ Das Streikpostenstehen kann als Konkretisierung des Rechts auf kampfwaise Betätigung angesehen werden. Es trägt dazu bei, daß ein für beide Seiten gleichwertiger Arbeitskampf gewährleistet wird.

125) § 240 StGB ist Schutzgesetz i.S. des § 823 II - Münch/Komm-Mertens, § 823, Rdnr. 169; BGH NJW 1962, 910

126) BAGE 15, 214; AP Nr. 5 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Ule, S. 22; Hanau/Adomeit, S. 80; Seiter, S. 521; Weitnauer, FS-Kaufmann, S. 371 ff.; Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 1032 f.; Nikisch, Bd. II, S. 154 f.; Söllner, S. 71, 92; Buchner, S. 138

Grundsätzlich müssen die Arbeitswilligen also die Unannehmlichkeiten hinnehmen, die mit dem Durchschreiten von Streikposten verbunden sind. ¹²⁷⁾ Die Absperrmaßnahmen müssen sich jedoch in den " gebotenen Grenzen " ¹²⁸⁾ halten. Die Grenze solcher Kampfmaßnahmen bilden die Straftatbestände, so auch § 240 StGB. Denn ein rechtmäßiger Arbeitskampf ist kein Rechtfertigungsgrund für die Begehung strafbarer Handlungen. ¹²⁹⁾

Solange sich die Streikposten demnach darauf beschränken, durch gütliches Überreden und den Appell an die Solidarität den Zuzug Arbeitswilliger zu verhindern, ist das Streikpostenstehen nicht unzulässig. Versperren die Streikposten bzw. andere Streikende dagegen den Zugang zum Betrieb, indem sie vor dem Eingang mehrreihige Ketten bilden oder sich dort massiert mit drohender Haltung aufstellen, liegt eine Nötigung mit " Gewalt " vor, ohne daß es zu körperlichen Berührungen gekommen sein muß. ¹³⁰⁾

Der BGH ¹³¹⁾ hat für den Begriff der Gewalt das Erfordernis einer körperlichen Kraftentfaltung des Täters ausdrücklich aufgegeben und als alleinentscheidend für den Gewaltbegriff die körperliche Zwangseinwirkung auf den Genötigten angesehen.

127) Bay. ObLG, NJW 1955, 1806; Seiter, S. 521; Ule, S. 29

128) BAGE 15, 214

129) BAG AP Nr. 5 zu Art. 9 GG Arbeitskampf;
Seiter, S. 521; Ule, S. 30, 32; Weitnauer, FS-Kaufmann, S. 380

130) Bay. ObLG, NJW 1955, 1806

131) BGHSt 1, 145; BGHSt 19, 265; NJW 1969, 1770

Eine solche körperliche Zwangseinwirkung ist aber gegeben, wenn der Zugang in einem solchen Maße versperrt ist, daß die Arbeitswilligen sich einen Weg durch die Menge bahnen müßten, mit der Folge, daß ein ungefährdeter Durchgang nicht mehr gewährleistet wäre. Die Arbeitswilligen müßten sogar ihrerseits körperliche Gewalt einsetzen, um sich den Durchgang zu erzwingen. Die Streikposten genügen auch dann noch nicht ihrer Pflicht, den Arbeitswilligen das Betreten des Betriebes zu ermöglichen, wenn sie einen Durchgang lassen, der sehr schmal ist. Der Arbeitswillige muß nämlich einen gefahrlosen, d.h. aber genügend breiten und leicht erkennbaren Weg zur Arbeitsstätte benutzen können. Wo die Ansammlung von Streikposten und Streikenden nur eine schmale Gasse läßt, die zu passieren zu einem Spießrutenlaufen ausarten würde, liegt wiederum eine Nötigung mit Gewalt vor. Weiterhin sind die Streikposten nicht befugt, von den Arbeitswilligen einen Passierschein zu verlangen ¹³²⁾ und beim Fehlen eines solchen anders als durch gütliches Zureden den Zugang zum Betrieb zu verhindern. Schließlich liegt eindeutig ein Fall der Nötigung mit Gewalt vor, wenn die arbeitswilligen Arbeitnehmer sogar verprügelt werden, um sie zur Aufgabe ihres Willens zu zwingen. Kündigen die Streikposten an, die Namen oder Bilder der " Streikbrecher " zu veröffentlichen, um sie dadurch in der Meinung ihrer Arbeitskollegen herabzuwürdigen, so ist eine Nötigung in Form der Drohung mit einem empfindlichen Übel gegeben. ¹³³⁾ Der Arbeitnehmer muß befürchten, auf Grund dieser Bloßstellung dauerhaft aus der Betriebsgemeinschaft ausgeschlossen zu werden.

132) Zöllner, S. 300, Niese, S. 153 f.; Ule, S. 39; Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 1032

133) Nikisch, Bd. II, S. 155; Ule, S. 36

Dieser Nachteil ist für einen Arbeitnehmer, der darauf angewiesen ist, mit seinen Kollegen zusammenzuarbeiten, so schwerwiegend, daß er sich praktisch gezwungen sieht, dem Willen der Streikposten nachzugeben.

Ergreifen die Streikposten also Maßnahmen, die über ein gütliches Zureden hinausgehen, ist regelmäßig der objektive Tatbestand der Nötigung erfüllt. Hinzukommen muß noch der entsprechende Vorsatz. Zum Vorsatz gehört die Kenntnis, mit Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel das Verhalten eines anderen zu erzwingen, sowie der Wille zu diesem Zwang. 134)

Es kann davon ausgegangen werden, daß die Gewerkschaft bzw. die Streikleitung die Streikposten darüber belehrt hat, daß sich ihre Aufgabe auf gütliches Zureden beschränkt, die Anwendung von Gewalt oder Zwang in jeder Form also ausgeschlossen ist.

Eine Nötigungshandlung ist rechtswidrig, wenn das Nötigungsmittel zum Nötigungszweck als verwerflich anzusehen ist. Wird jemand durch Gewaltanwendung zu einem bestimmten Verhalten gezwungen, ist die Verwerflichkeit der Nötigung regelmäßig zu bejahen. 135)

Die Drohung mit einem empfindlichen Übel ist stets anstößig, wenn der Nötigende eine Handlung des Genötigten erreichen will, die ihm nach der Rechtsordnung ansonsten nicht gestattet ist. Bleibt ein Arbeitnehmer trotz Zuredens des Streikpostens entschlossen, seine Arbeit fortzusetzen, hat der Streikposten kein Recht, den Arbeitnehmer von der Arbeit abzuhalten. Will dieser seinen Willen trotzdem durch eine Drohung erzwingen, ist das demzufolge verwerflich.

134) BGHSt 5, 246

135) BGHSt 23, 55

Haben die Streikposten sich einer vollendeten Nötigung strafbar gemacht, kann der genötigte Arbeitnehmer gemäß § 823 II i.V. mit § 240 StGB den Schaden ersetzt verlangen, der durch den Verstoß gegen das Schutzgesetz adäquat kausal verursacht worden ist und innerhalb des Schutzbereichs der Norm liegt. ¹³⁶⁾

Schließt sich ein Arbeitnehmer, wenn auch gezwungenermaßen, einem Streik an, verliert er seinen Lohnanspruch gegen den Arbeitgeber. Das ergibt sich wiederum aus den Grundsätzen zum Arbeitskampfisiko. Die Nötigung durch die anderen Arbeitnehmer ist danach kein Umstand, den der Arbeitgeber zu vertreten hat. ¹³⁷⁾

Diesen Schaden in Höhe des Lohnausfalls kann der Arbeitnehmer daher von dem oder den Streikposten ersetzt verlangen.

- bb) Weiterhin könnte man daran denken, den Schadensersatzanspruch auf § 823 II i.V. mit §§ 185, 223 StGB ¹³⁸⁾ zu stützen, für den Fall, daß die Arbeitnehmer durch Beleidigungen oder körperliche Mißhandlungen von dem Betreten des Betriebes abgehalten worden sind. Vom Schutzzweck des § 223 werden jedoch nur solche Schäden erfaßt, die gerade auf der Körperverletzung beruhen. Das ist z.B. der Fall, wenn der Arbeitnehmer infolge einer Körperverletzung arbeitsunfähig wird und deshalb einen Verdienstausschlag hat (s. §§ 1, 4 LohnfortzG). Im vorliegenden Fall verliert der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch in der Regel jedoch nicht, weil er so schwer verletzt ist, sondern weil er sich infolge der Körperverletzung nicht mehr traut, den Betrieb zu betreten.

136) Erman/Drees, § 823, Rdnr. 131; Esser/Weyers, SchuldR BT, Bd. II 2, S. 170; Larenz, SchuldR BT, Bd. II, S. 621 f.; BGHZ 19, 114; 27, 137, 143; 39, 368 f.; 46, 23

137) Rütters in Brox/Rütters, Rdnr. 172 ff.

138) S. oben S. 72, FN. 102

Der Schaden in Höhe des Lohnausfalls wird damit nicht vom Schutzzweck des § 223 StGB erfaßt. Gleiches gilt in diesem Beispiel für den Fall der Beleidigung.

cc) Neben § 823 II i.V. mit § 240 StGB kommt als Anspruchsgrundlage schließlich noch § 826 in Betracht.

Ist ein Verhalten verwerflich i.S. des § 240 StGB, liegt auch immer ein Verstoß gegen die " guten Sitten " vor. Denn die Verwerflichkeit i.S. des § 240 setzt ein in erhöhtem Maße sittlich zu mißbilligendes Verhalten voraus. 139)

Hindern die Streikposten die Arbeitnehmer durch Gewalt oder Drohung an der Arbeit, werden die Arbeitswilligen somit hinreichend durch §§ 823 II i.V. mit § 240 StGB sowie durch § 826 geschützt.

Nur wenn ein Arbeitnehmer die Unannehmlichkeiten scheut, die mit dem Passieren der Streikposten verbunden sind und deshalb seine Arbeit nicht antritt, steht ihm kein Anspruch auf Schadensersatz, sei es aus § 823 II oder § 826 zu.

In diesem Fall soll der Arbeitnehmer nach den Wertungen der Rechtsordnung aber auch nicht weitergehend geschützt werden. Insoweit ist das durch Art. 9 III GG garantierte Recht der Arbeitnehmer, Streikposten aufzustellen, vorrangig vor den geringfügigen Beeinträchtigungen, die die arbeitswilligen Arbeitnehmer auf Grund dessen hinzunehmen haben. Machen die Streikposten in zulässigem Umfang von ihrem Recht Gebrauch, so unterliegt es weiterhin der freien Entscheidung des Arbeitnehmers, ob er sich dem Streik anschließen oder seiner Arbeit nachgehen will. Rechte der arbeitswilligen Arbeitnehmer werden auf diese Weise nicht beeinträchtigt. Geringfügige, unvermeidbar mit dem Arbeitskampf verbundene Unannehmlichkeiten, müssen Arbeitswillige hinnehmen.

139) BGHSt 17, 328; 18, 391; 19, 268; Dreher, § 240, Rdnr. 8

Daher würden die Arbeitnehmer auch über § 823 I wegen Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz mangels eines rechtswidrigen Eingriffs nicht umfassender geschützt. Die Anerkennung ist somit nicht erforderlich.

- b) Die betroffenen Arbeitnehmer haben weiterhin einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 823 II i.V. mit 240 StGB, 831 gegen die Gewerkschaft, wenn die Streikposten von einem Verbandsorgan als Verrichtungsgehilfen bestellt worden sind. ¹⁴⁰⁾ Der Verband kann sich jedoch von der Haftung befreien, wenn er den Nachweis erbringt, daß das zuständige Organ sowohl bei der Auswahl der bestellten Personen als auch bei der Durchführung und Leitung der Verrichtungen die gebotene Sorgfalt eingehalten hat oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre (§ 831 I S. 2). Die Gewerkschaft müßte also etwa nachweisen, daß sie die Streikposten darüber belehrt hat, wie sie sich zu verhalten haben, daß sie zuverlässige und verantwortungsbewußte Arbeitnehmer ausgesucht und daß sie die Streikposten zumindest stichprobenartig kontrolliert hat.
- 4) Durch Verbreitung abträglicher Werturteile

Die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 ist weiterhin für den Fall in Erwägung zu ziehen, daß über einen Arbeitnehmer im Betrieb abträgliche Werturteile verbreitet werden und dieser dadurch in seinem beruflichen Fortkommen beeinträchtigt wird. ¹⁴¹⁾ Er wird etwa nicht befördert und erhält deshalb auch keine Gehaltserhöhung oder aber er wird sogar entlassen.

140) Das war bei dem vom LAG Düsseldorf zu entscheidenden Fall nicht so. Die Gewerkschaft selbst hatte durch die Ausrufung des Streiks kein Recht am Arbeitsplatz verletzt und war daher der falsche Klagegegner.

141) Münch/Komm-Mertens, § 823, Rdnr. 520; Alt/Komm-Derleder, § 823, Rdnr. 53; Marschall von Bieberstein, FS von Caemerer, S. 421

- a) Werden über einen Arbeitnehmer abträgliche Werturteile verbreitet, kann der Arbeitnehmer weder aus § 824 noch aus § 823 II i.V. mit §§ 186, 187 StGB ¹⁴²⁾ einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen.

Denn § 824 setzt voraus, daß Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet oder verbreitet werden, die geeignet sind, Nachteile für den Erwerb oder das Fortkommen herbeizuführen. In § 823 II i.V. mit §§ 186, 187 StGB wird gleichermaßen nur die Behauptung oder Verbreitung von Tatsachen sanktioniert, die geeignet sind, einen anderen verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen.

- b) Als Anspruchsgrundlage kommt jedoch § 823 II i.V. mit § 185 StGB in Frage. Von dem Tatbestand des § 185 StGB wird auch die Verbreitung abträglicher Werturteile über die Person eines anderen erfaßt, die eine Verletzung des Achtungsanspruchs bedeuten.

Die entsprechende Äußerung muß eine Kundgabe der Nichtachtung oder Mißachtung über einen anderen darstellen. ¹⁴³⁾

Ob das der Fall ist, muß nach den konkreten Umständen, unter denen die Äußerung erfolgt ist, entschieden werden. ¹⁴⁴⁾ Dabei genügt nicht, daß die Äußerung ihrem objektiven Sinn nach eine Mißachtenskundgabe enthält, sondern es muß diesbezüglich noch der entsprechende Vorsatz hinzukommen. Derjenige, der sich abfällig über einen Arbeitnehmer geäußert hat, muß sich also des beleidigenden Charakters bewußt gewesen sein.

Gemäß §§ 823 II i.V. mit 185 StGB kann der Arbeitnehmer

142) §§ 185 ff. StGB sind Schutzgesetze, s. oben S. 72, FN 102

143) BGHSt 1, 289; Schönke/Schröder/Lenckner, § 185, Rdnr. 4

144) OLG Düsseldorf, NJW 1960, 1072 f.

den Schaden ersetzt verlangen, der adäquat kausal durch den schuldhaften Verstoß gegen das Schutzgesetz entstanden ist.

Dem Arbeitnehmer entsteht zumindest in Höhe des Lohnanspruchs kein Schaden, wenn er allein auf Grund der über ihn verbreiteten negativen Werturteile entlassen wird. Eine solche Kündigung ist nicht sozial gerechtfertigt, so daß der Arbeitnehmer von dem Arbeitgeber gemäß § 615 Fortzahlung des Lohns verlangen kann. Denn gemäß § 1 KSchG hat der Arbeitgeber u.a. nur dann das Recht zu kündigen, wenn er nachweisen kann, daß die Kündigung aus Gründen in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers gerechtfertigt ist. Hauptfall einer personenbedingten Kündigung ist eine dauernde krankheitsbedingte oder altersbedingte Arbeitsunfähigkeit. Verhaltensbedingt ist eine Kündigung etwa, wenn der Arbeitnehmer wiederholt die Arbeit verweigert, häufig zu spät kommt, schlecht arbeitet, den Betriebsfrieden stört etc.. 145) Liegt keiner dieser Gründe vor, darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht entlassen, auch wenn über den Arbeitnehmer negative Bemerkungen gemacht werden.

Sind dem Arbeitnehmer durch den vorübergehenden Lohnausfall weitere Schäden entstanden, kann er diese gemäß §§ 823 II i.V. mit 185 StGB von demjenigen ersetzt verlangen, der die abträglichen Werturteile verbreitet und dadurch die Kündigung verursacht hat. Hat der Arbeitgeber die Unwirksamkeit der Kündigung gekannt oder hätte sie kennen müssen, kann der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung auch gegen diesen richten.

Wird der Arbeitgeber durch die über den Arbeitnehmer verbreiteten negativen Werturteile auf Tatsachen aufmerksam, die eine Kündigung rechtfertigen, kann der Arbeitnehmer nicht

145) S. dazu im einzelnen Hueck, § 1 Rdnr. 82 ff., 88 ff.; Schaub, S. 799 ff.

von dem Beleidigenden den durch den Verlust des Arbeitsplatzes entstehenden Schaden ersetzt verlangen.

Durch die sozial gerechtfertigte Kündigung wird der Kausalzusammenhang zwischen der Verletzungshandlung - Verbreitung der Werturteile - und dem Schaden - Verlust des Arbeitsplatzes - unterbrochen. Ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtmäßig, kann auf Grund dessen nicht ein Dritter zum Schadensersatz verpflichtet sein. Auch wenn ein Dritter den Arbeitgeber auf die Möglichkeit der Kündigung aufmerksam gemacht hat, ist der entlassene Arbeitnehmer für die die Kündigung begründenden Umstände allein selbst verantwortlich.

Weiterhin besteht die Möglichkeit, daß ein Arbeitnehmer infolge der über ihn gemachten negativen Äußerungen nicht befördert wird und dementsprechend keine Lohnerhöhung erhält. In diesem Fall kann er die Differenz zwischen seinem jetzigen Lohn und dem Mehrlohn ersetzt verlangen. Voraussetzung ist allerdings, daß seine Beförderung unmittelbar bevorstand und nur auf Grund dessen verhindert worden ist. Werden nur bloße Chancen in der Zukunft beeinträchtigt, liegt kein meßbarer Vermögensschaden vor.

- c) Der Arbeitnehmer kann einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 826 geltend machen, wenn die Verbreitung abschätziger Werturteile einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt und mit dem Vorsatz erfolgt ist, den Arbeitnehmer zu schädigen. Sittenwidrigkeit ist z.B. dann zu bejahen, wenn die Äußerung darauf abzielt, die Persönlichkeit herabzusetzen, zu diffamieren oder aber zu dem Zweck erfolgt, einen Arbeitnehmer planmäßig zu schädigen. 146)

Sowohl durch § 826 als auch durch § 823 II i.V. mit § 185 StGB wird nur die vorsätzliche Verbreitung abträglicher Werturteile erfaßt, die eine Kundgabe der Nichtachtung oder Mißachtung bedeuten. Ungeschützt bleibt

146) Palandt/Thomas, § 826, Anm. 2 b,d; Larenz, SchuldR BT, Bd. II, S. 639

der Arbeitnehmer damit gegen die Verbreitung solcher Werturteile, die unterhalb der Schwelle des § 185 StGB bzw. unterhalb der Schwelle der Sittenwidrigkeit liegen. Weiterhin werden von §§ 826 und 823 II i.V. mit 185 StGB solche Äußerungen nicht erfaßt, die lediglich fahrlässig verbreitet worden sind. Insoweit könnte der Arbeitnehmer durch Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz weitergehend geschützt werden.

- d) Allerdings hat der BGH in ständiger Rechtsprechung ein allgemeines Persönlichkeitsrecht als Bestandteil der Rechtsordnung anerkannt, das der Persönlichkeit nicht nur in einzelnen Bereichen, sondern in der ganzen Breite ihrer Existenz einen umfassenden Schutz gewähren soll.¹⁴⁷⁾ Dieses allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nach Ansicht des BGH ein sonstiges Recht i.S. des § 823 I.¹⁴⁸⁾ Der Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts besteht in dem gegenüber jederman geltenden Anspruch des einzelnen auf Achtung seiner Würde mit der Möglichkeit zur freien Entfaltung seiner Persönlichkeit.¹⁴⁹⁾ Dazu gehört auch der Schutz der Ehre, die wie oben erläutert durch abträgliche Werturteile beeinträchtigt werden kann. Allerdings stellt nicht jede Beeinträchtigung der menschlichen Persönlichkeit - in diesem Fall der Ehre - einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar; denn das Persönlichkeitsrecht des einen kann naturgemäß mit dem eines anderen leicht in Konflikt geraten.

147) Seit BGHZ 13, 338 ständig; s. oben S. 24, FN 17

148) Das entspricht der noch h.M. - Palandt/Thomas, § 823, Anm. 15 B; Soegel/Siebert/Zeuner, § 823, Rdnr. 55; BGHZ 24, 77; 26, 354; 30, 11; 50, 143
Eine häufig vertretene Gegenmeinung will das Persönlichkeitsrecht den Rechtsgütern des § 823 I zuordnen und in Analogie dazu entwickeln. Vergl. Münch/Komm-Schwerdtner, § 12, Rdnr. 186; Medicus, Rdnr. 615; Krasser, S. 207

149) BGHZ 24, 72, 76, 80

Ob ein tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Eingriff vorliegt, ist in jedem einzelnen Fall durch eine umfassende Güter- und Interessenabwägung zu ermitteln. 150) Auf Seiten des Verletzten ist dabei insbesondere Art und Schwere des Eingriffs sowie das vorausgegangene Verhalten des Verletzten, auf Seiten des Schädigers Motiv und Zweck des Eingriffs, die ihn begünstigenden Grundrechte, die Art und Weise des Eingriffs zu berücksichtigen. Zugunsten des Schädigers muß vor allem das Grundrecht der freien Meinungsäußerung, Art. 5 GG, beachtet werden. 151)

Ergibt die Interessenabwägung, daß die Verbreitung des abträglichen Werturteils einen rechtswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers darstellt, kann dieser gemäß §§ 823, 249 u.a. den Vermögensschaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch bei seinem beruflichen Fortkommen entsteht. (s.o.)

Bei Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz könnte der Arbeitnehmer nicht umfassender geschützt werden.

Da es sich bei dem Recht am Arbeitsplatz gleichermaßen wie bei dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht um einen offenen Tatbestand handelt, müßte auch für einen Eingriff in das Recht am Arbeitsplatz im Wege einer Interessenabwägung ermittelt werden, ob ein tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Eingriff gegeben ist.

150) Larenz, SchuldR BT, Bd. II, S. 634; Esser/Weyers, SchuldR BT, Bd. II 2, S. 139; Palandt/Thomas, § 823, Anm. 15 D; Schwerdtner, JuS 1978, 292; Münch/Komm-Schwerdtner, § 12, Rdnr. 199; BGHZ 24, 80; 13, 338; 27, 290; 30, 11; 31, 312

151) S. zur Bedeutung des Art. 5 bei Eingriffen in das Recht am Gewerbebetrieb: BGHZ 45, 296 ff.; RGRK Steffen, § 823, Rdnr. 53; Münch/Komm-Mertens, § 823, 504; Vergl. ferner zu Art. 5 GG BVerfG, NJW 1982, 2655

An die Interessenabwägung sind die gleichen Maßstäbe anzulegen. Demzufolge bedeutet die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz in diesem Bereich für den Arbeitnehmer keine Verbesserung.

Zieht man allerdings einen Vergleich zum Recht am Gewerbebetrieb, so fällt auf, daß die Verbreitung geschäftsschädigender abträglicher Werturteile dort nicht als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, sondern als Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb gewertet wird.¹⁵²⁾ Dabei nehmen auch juristische Personen und nicht rechtsfähige Personenvereinigungen an dem Persönlichkeitsschutz teil, wenn auch nur in dem durch ihr Wesen als Zweckschöpfung des Rechts und den ihnen zugewiesenen Funktionen beschränkten Umfang.¹⁵³⁾

Es ist jedoch nicht ersichtlich, welche Vorteile für den Arbeitnehmer damit verbunden wären, wenn man ihm speziellen Schutz durch Anerkennung eines Rechts am Arbeitsplatz gewähren würde.

Daß Angriffe auf die Persönlichkeit eines Unternehmens durch Verbreitung abträglicher Werturteile unter das Recht am Gewerbebetrieb subsumiert worden sind, rührt u.a. daher, daß solche Eingriffe schon aufgetreten sind¹⁵⁴⁾ bevor das allgemeine Persönlichkeitsrecht überhaupt als sonstiges Recht anerkannt worden ist.¹⁵⁵⁾

152) BGHZ 3, 279; 14, 163; 45, 296; RGRK-Steffen, § 823, Rdnr. 53 m.w.N.

153) BGH NJW 1975, 1884; 1974, 1762; 1970, 381; BVerfG, NJW 1967, 1412; Münch/Komm-Schwerdtner, § 12, Rdnr. 195

154) BGHZ 3, 270

155) Seit BGHZ 13, 334; teilweise wird inzwischen auch in Erwägung gezogen, die Verbreitung abträglicher Werturteile über einen Gewerbebetrieb als Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu werten. So Helle, S. 79; Hubmann, S. 185 ff.

Da das Recht am Gewerbebetrieb als sonstiges Recht i.S. des § 823 I anerkannt ist, sollte man darüber weiterhin alle Eingriffe in den Gewerbebetrieb einheitlich erfassen.

Schließlich könnte man noch zu Bedenken geben, daß das allgemeine Persönlichkeitsrecht wie das Recht am Arbeitsplatz kein sonstiges Recht im vom Gesetzgeber ursprünglich gewollten Sinne ist, sondern erst durch die Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung anerkannt wurde. ¹⁵⁶⁾

Deshalb besteht trotzdem kein Grund, diesen Fall statt über das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch das Recht am Arbeitsplatz zu lösen. Das ergibt sich wiederum aus den schon bei der positiven Vertragsverletzung erläuterten Gesichtspunkten. ¹⁵⁷⁾ Der Anwendungsbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist inzwischen durch die Bildung von Fallgruppen weitgehend konkretisiert und die Anwendung damit für die Gerichte erleichtert worden. Bei Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz stünde den Gerichten diese Aufgabe erst noch bevor.

- 5) Durch Beeinträchtigung des beruflichen Fortkommens eines Arbeitnehmers durch andere Arbeitnehmer

Das berufliche Fortkommen eines Arbeitnehmers kann abgesehen von der Verbreitung abträglicher Werturteile auch noch auf andere Weise durch seine Arbeitskollegen beeinträchtigt werden. So besteht etwa die Möglichkeit, daß ein für die Personalangelegenheiten zuständiger Arbeitnehmer unrichtige Vermerke in die Personalakte ¹⁵⁸⁾ eines anderen Arbeitnehmers aufnimmt und dieser deswegen keine Lohnerhöhung erhält oder aber einen anderen Arbeitnehmer

156) S. oben S. 24

157) S. oben S. 35

158) Alt/Komm-Derleder, § 823, Rdnr. 54; Zu den Personalakten gehören alle Unterlagen über die Person des Arbeitnehmers, wie Arbeitspapiere, Beurteilungen, Zeugnisse, Bewerbungsunterlagen etc. - s. Wiese, GK-BetrVG, § 83, Rdnr. 2; Dietz/Richardi, § 83, Rdnr. 4

unbefugt an einen schlechter bezahlten Arbeitsplatz versetzt etc. 159) Verlangt der davon betroffene Arbeitnehmer Ersatz seines Lohnausfalls, so kommen als Anspruchsgegner sowohl der Arbeitgeber als auch der für Personalangelegenheiten zuständige Arbeitnehmer in Betracht.

- a) Gegen den Arbeitgeber kann der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung i.V. mit § 278 geltend machen. Denn der Arbeitgeber ist auf Grund des Arbeitsvertrages u.a. verpflichtet, die Personalakten inhaltlich richtig zu führen. 160)
- Es müssen insbesondere die tatsächlichen Angaben stimmen, sowie die Bewertung von Führung und Leistung nach pflichtgemäßen Ermessen erfolgt sein. Der Arbeitnehmer kann die Richtigkeit der Personalakte überprüfen, weil er gemäß § 83 I BetrVG 1972 ein Recht zur Einsichtnahme hat. Das Einsichtsrecht besteht, da es lediglich individualrechtlichen Charakter hat, auch in Betrieben, die keinen Betriebsrat haben. 161)

Sind Angaben in der Personalakte fehlerhaft, kann der Arbeitnehmer auf Grund der dem Arbeitgeber obliegenden Fürsorgepflichten verlangen, daß die Angaben berichtigt oder die Unterlagen aus der Personalakte entfernt und durch zutreffende Unterlagen ersetzt werden. 162)

Auf diese Weise können Schäden der in dem Beispielsfall genannten Art in der Regel vermieden werden. Werden unrichtige Angaben nicht rechtzeitig korrigiert und entsteht dem betroffenen Arbeitnehmer dadurch ein Schaden, kann er

159) ArbG Wilhelmshaven, AP Nr. 1 zu § 823 sonstiges Recht

160) Dietz/Richardi, § 83, Rdnr. 10, 33; Kamann/Hess/Schlochauer, § 83, Rdnr. 12; Galperin/Löwisch, § 83, Rdnr. 18

161) Fitting/Auffarth/Kaiser, § 83, Rdnr. 1; Schwerdtner ArbR I, S. 182; Dietz/Richardi, § 83, Rdnr. 2

162) Vergl. BAGE 7, 273 f.; BAGE 24, 257; Dietz/Richardi, § 83, Rdnr. 33

wegen Verletzung der Fürsorgepflicht Schadensersatz verlangen.

Hat der Arbeitgeber nicht selbst, sondern der für diese Aufgabe zuständige Arbeitnehmer eine falsche Eintragung gemacht, so muß sich der Arbeitgeber diese Pflichtverletzung gemäß § 278 zurechnen lassen, da der für die Führung von Personalakten angestellte Arbeitnehmer Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers ist. Durch eine falsche Eintragung verletzt der Arbeitnehmer eine dem Arbeitgeber gegenüber einem anderen Arbeitnehmer obliegende Pflicht. Dabei handelt der Arbeitnehmer in der vorliegenden Fallkonstellation selbst dann " in Erfüllung einer Verbindlichkeit " des Arbeitgebers, wenn er vorsätzlich falsche Eintragungen macht, um z.B. einen anderen Arbeitnehmer zu schädigen. Denn die Haftung gemäß § 278 setzt nur voraus, daß das Verhalten, das den Vorwurf der Pflichtwidrigkeit begründet, nicht aus dem allgemeinen Umkreis des Aufgabenbereiches herausfällt, den der Erfüllungsgehilfe für den Geschäftsherrn wahrzunehmen hat.¹⁶³⁾ Auch wenn der Arbeitnehmer vorsätzlich falsche Eintragungen in eine Personalakte macht, hält er sich aber noch im Rahmen des ihm allgemein zugewiesenen Aufgabenbereiches und handelt nicht nur " bei Gelegenheit " seiner Aufgabenerfüllung.

Der betroffene Arbeitnehmer hat daher wegen positiver Vertragsverletzung i.V. mit § 278 einen Anspruch auf Ersatz aller durch die Pflichtverletzung entstandenen Schäden. In der vorliegenden Fallgestaltung könnte der Arbeitnehmer den Ausgleich der Lohndifferenz verlangen, die mangels Lohnerhöhung entstanden ist.

Auch wenn ein Arbeitnehmer grundlos an einen schlechter bezahlten Arbeitsplatz versetzt worden ist, hat er gegen den Arbeitgeber einen Anspruch aus Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung i.V. mit § 278. Der Angestellte verletzt dem Arbeitgeber obliegende Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, wenn er einen anderen Arbeitnehmer willkürlich an einen von der Art der Tätigkeit her anderen, zudem schlechter bezahlten Arbeitsplatz versetzt. Der Arbeitgeber ist auf Grund seines Direktionsrechtes zwar befugt, die vom Arbeitnehmer zu verrichtende Tätigkeit näher zu konkretisieren

163) Palandt/Heinrichs, § 278, Anm. 4 c

und diesem bestimmte Arbeiten zuzuweisen.

Der Arbeitgeber kann somit anordnen, was der Arbeitnehmer zu tun und wie er es zu tun hat. Das Direktionsrecht deckt jedoch nicht eine Versetzung an einen Arbeitsplatz, der wesentlich anders ist als der bisherige vertraglich vereinbarte und wesentlich geringer vergütet wird. ¹⁶⁴⁾ Denn ist im Arbeitsvertrag eine bestimmte Tätigkeit des Arbeitnehmers vereinbart, so ist auch nur sie vertraglich geschuldet. ¹⁶⁵⁾

Die Zuweisung einer anderen Art von Tätigkeit ist nur möglich durch einverständliche Vertragsänderung oder Änderungskündigung. ¹⁶⁶⁾ Weist der Arbeitgeber bzw. sein Angestellter einem Arbeitnehmer einseitig eine andere Art der Tätigkeit zu, verletzt er damit seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag. Das Handeln eines Angestellten muß der Arbeitgeber sich wiederum über § 278 zurechnen lassen.

Allerdings ist zweifelhaft, ob dem Arbeitnehmer durch eine willkürliche Versetzung überhaupt ein Schaden entsteht. Da eine rechtsgültige Versetzung nicht vorliegt, behält der zu Unrecht versetzte Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch in der bisherigen Höhe, so daß er insoweit keinen Schaden hat. Denkbar ist aber, daß der Arbeitnehmer durch die Versetzung höhere Aufwendungen, z.B. Fahrgeld etc. hat oder ihm Anwaltskosten entstanden sind, weil er gegen die Versetzung gerichtlich vorgehen mußte. Solche Schäden kann der Arbeitnehmer wegen positiver Vertragsverletzung i.V. mit § 278 von seinem Arbeitgeber ersetzt verlangen.

164) Schaub, S. 189 ff.; BAG AP Nr. 17, 18, 19, 22 zu § 611 Direktionsrecht; BAG DB 1976, 1288

165) BAG DB 1981, 799

166) Schaub, S. 204; Schnorr von Carolsfeld, Anm. zu Arb. Wilhelmshaven, AP Nr. 1 zu § 823 Sonstiges Recht; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99, Rdnr. 40

- b) Hat der Arbeitnehmer der Personalabteilung vorsätzlich falsche Eintragungen in die Personalakte gemacht, nur um einen anderen Arbeitnehmer schädigen zu können oder sich an ihm zu rächen, haftet er gemäß § 826¹⁶⁷⁾ neben dem Arbeitgeber auf Schadensersatz.¹⁶⁸⁾ Im Falle der vorsätzlichen falschen Eintragung hat der geschädigte Arbeitnehmer damit regelmäßig einen zweiten Schuldner; denn es ist nicht vorstellbar, weshalb ein Angestellter falsche, für einen anderen Arbeitnehmer ungünstige Eintragungen machen sollte, wenn nicht aus feindseligen Motiven, die regelmäßig eine Haftung aus § 826 begründen. Der Anspruch aus § 826 besteht regelmäßig auch dann, wenn ein Arbeitnehmer vorsätzlich und aus unlauteren Motiven an einen schlechter bezahlten Arbeitsplatz versetzt wird.
- c) Hat der für Personalangelegenheiten zuständige Arbeitnehmer dagegen fahrlässig eine falsche Eintragung vorgenommen oder einen Arbeitnehmer fahrlässig an einen anderen, schlechter bezahlten Arbeitsplatz versetzt, so ist keine herkömmliche deliktische Anspruchsgrundlage ersichtlich, auf Grund derer er persönlich haften würde. Ein Schadensersatzanspruch des geschädigten Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitskollegen kommt daher nur in Betracht, wenn man ein Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 anerkennt. Die durch die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz bedingte Ausdehnung der Haftung der Arbeitnehmer steht aber im Gegensatz zu der Tendenz in Rechtsprechung und Literatur, die die Haftung der Arbeitnehmer für fahrlässige Pflichtverletzungen bei Verrichtung der Arbeit mehr und mehr einschränken wollen.

167) Palandt/Thomas, § 826, Anm. 2 d; Brox, SchuldR BT, Rdnr. 471; RGRK-Steffen, § 826, Rdnr. 25; Münch/Komm-Mertens, § 826, Rdnr. 32, 33; RG JW 32, 938

168) § 278 läßt die Eigenhaftung des Gehilfen grundsätzlich unberührt, s. Münch/Komm-Hanau, § 278, Rdnr. 3

Die Haftungsbeschränkung soll zwar nur im Verhältnis von den Arbeitnehmern zum Arbeitgeber gelten. Schädigt ein Arbeitnehmer bei Verrichtung seiner Arbeit einen betriebsfremden Dritten oder einen anderen Arbeitnehmer ist er, soweit nicht die §§ 636 ff. RVO eingreifen, zum vollen Schadensersatz verpflichtet. Soweit aber den Arbeitgeber nach den Grundsätzen des innterbetrieblichen Schadensausgleichs die Haftung trifft, wird dem Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber ein Freistellungsanspruch zugestanden.¹⁶⁹⁾ Dementsprechend gelten die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Haftungsbeschränkung letztlich auch zwischen den Arbeitnehmern.

Voraussetzung für eine beschränkte Haftung der Arbeitnehmer ist nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG, daß eine sogenannte gefahr- und schadensgeneigte Tätigkeit¹⁷⁰⁾ vorliegt. Das BAG¹⁷¹⁾ hat allerdings neulich erstmalig erwogen, im Wege richterlicher Rechtsfortbildung unter Aufgabe oder Fortentwicklung der Rechtsfigur der gefahrgeneigten Arbeit in allen Fällen eine - dem jeweiligen Verschuldensgrad des Arbeitnehmers angepaßte - Haftungsfreistellung oder Haftungs-minderung des Arbeitnehmers anzunehmen, in denen der Schaden in Ausführung einer betrieblichen Tätigkeit entstanden ist. Da in dem zu entscheidenden Fall die Tätigkeit des Arbeitnehmers aber gefahrgeneigt war, konnte das BAG von einer Entscheidung dieser Streitfrage absehen. Dementsprechend ist nach wie vor davon auszugehen, daß eine Haftungsbeschränkung lediglich bei gefahrgeneigter Tätigkeit in Betracht kommt.

169) Zöllner, S. 170 f.; Schaub, S. 245 f.

170) S. Entscheidungen des BAG, AP zu § 611 Haftung des Arbeitnehmers und den Überblick zu Literatur und Rechtsprechung bei Gamillscheg/Hanau, S. 7 ff., S. 36 ff.

171) BAG NJW 1983, 1693 ff.

Von gefahrgeneigter Arbeit spricht man, wenn die Eigenart der vom Arbeitnehmer zu leistenden Arbeit es mit großer Wahrscheinlichkeit mit sich bringt, daß auch dem sorgsamsten Arbeitnehmer gelegentlich Fehler unterlaufen, die für sich allein betrachtet zwar jedesmal vermeidbar waren, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeiten als mit einem typischen Abirren der Dienstleistung erfahrungsgemäß zu rechnen ist. ¹⁷²⁾

In diesen Fällen ist die allgemeine BGB-Regelung, wonach der Schuldner für jede kleine Unachtsamkeit vollen Schadensersatz zu leisten hat, unbillig. Um den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses gerecht werden zu können, hat die Rechtsprechung daher die Haftung der Arbeitnehmer beschränkt und zwar je nach dem Ausmaß des Verschuldens. Bis vor kurzem wurde dabei in drei Fahrlässigkeitsgrade unterteilt. Schäden, die ein Arbeitnehmer bei gefahrgeneigter Arbeit grob fahrlässig verursacht hat, mußte er in der Regel allein tragen. Bei normaler Schuld wurde der Schaden in der Regel zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer quotal verteilt. Schäden, die durch geringe Schuld des Arbeitnehmers - durch leichteste Fahrlässigkeit - verursacht worden sind, hatte der Arbeitgeber allein zu ersetzen.

Nach der neuesten Entscheidung des BAG ¹⁷³⁾ soll der Arbeitnehmer nur noch für Schäden haften, die er vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat. Alle übrigen Schäden gehören danach zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers und sind von ihm allein zu tragen. ¹⁷⁴⁾

172) Grundlegend BAG AP Nr. 4 zu §§ 898, 899 RVO; BAG AP Nr. 78 zu § 611 Haftung des Arbeitnehmers

173) BAG NJW 1983, 1693 ff.; vergl. auch Gamillscheg/Hanau, S. 81

174) Die dogmatische Begründung für die Haftungsbeschränkung in der Literatur ist unterschiedlich. Zum Teil wird die Beschränkung der Haftung aus der Fürsorgepflicht - so Hueck/Nipperdey, Bd. I, S. 233; Nikisch, Bd. I, S. 304 Zöllner, S. 169 f. - zum Teil aus den Grundsätzen zum Betriebsrisiko - so Gamillscheg/Hanau, S. 46 ff.; Zöllner, S. 212 - abgeleitet.

Die Schadensquotelung bei normaler Fahrlässigkeit wurde als nicht mehr sachgerecht empfunden, weil sich das Haftungsrisiko in der inzwischen hochtechnisierten Industriegesellschaft erheblich vergrößert hat. Läßt ein Arbeitnehmer bei Verrichtung seiner Tätigkeit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht, kommt es häufig zu Schäden, deren Höhe in keinem Verhältnis zu dem Einkommen des Arbeitnehmers und damit in der Regel auch zu dessen Ersatzmöglichkeiten steht. Dabei hat der Arbeitnehmer auf Grund seiner abhängigen Stellung keinen Einfluß auf die Faktoren, die für einen Schaden mitursächlich sind.

Die Art und Weise der Arbeitsteilung sowie die Ausgestaltung der betrieblichen Organisation werden im wesentlichen von dem Arbeitgeber bestimmt. Dieser kann durch geeignete technische oder organisatorische Maßnahmen die betriebsspezifischen Risiken beherrschen und sich gegebenenfalls gegen Schäden versichern.

Müßte der Arbeitgeber bei nicht vorhandener Arbeitsteilung gefahrbehaftete Tätigkeiten selbst ausführen, hätte er ebenfalls die aus einem gelegentlichen unvermeidbaren fahrlässigen Fehlverhalten entstandenen Schäden selbst zu tragen. Durch eine betriebliche Arbeitsteilung soll es dem Arbeitgeber nicht ermöglicht werden, die mit dem Betrieb eines Unternehmens verbundenen Haftungsrisiken auf den Arbeitnehmer abzuwälzen.

Die Grundsätze zur gefahrengeneigten Arbeit wurden von der Rechtsprechung zuerst lediglich auf Kraftfahrer angewandt.¹⁷⁵⁾ Dann wurde die Haftungserleichterung Schritt für Schritt auf weitere Tätigkeiten ausgedehnt.

175) S. den Überblick zur Rechtsprechung m.w.N. - Gamillscheg/Hanau, S. 7 - 14

Bei der Frage, ob eine Tätigkeit gefahrgeneigt ist, kommt es dabei nicht auf die generelle Gefährlichkeit an, sondern allein auf die Gefahrträchtigkeit der jeweiligen Situation.¹⁷⁶⁾ Danach ist keine Berufstätigkeit generell gefahrgeneigt, jede kann es aber im Einzelfall werden. Durch diese Individualisierung des Begriffs der gefahrgeneigten Arbeit konnte der Bereich der Haftungsmilderung erheblich ausgedehnt werden. Inzwischen werden nicht nur weitere Tätigkeiten aus dem technischen Bereich, sondern darüberhinaus auch aus dem kaufmännischen Bereich in die Haftungserleichterung einbezogen.¹⁷⁷⁾ Im ganzen geht die Rechtsprechung immer noch dahin, die Grundsätze zur gefahrgeneigten Arbeit auf weitere Tätigkeiten auszudehnen. So wurde neuerdings¹⁷⁸⁾ auch den leitenden Angestellten die Haftungserleichterung gewährt.

Die Rechtslehre tendiert zum Teil dazu, die Haftungserleichterung auf jede Arbeit anzuwenden und damit das Erfordernis der Gefahrneigung ganz fallenzulassen.¹⁷⁹⁾ Die Rechtsprechung, die den Begriff der Gefahrgeneigtheit nach der konkreten Situation bestimme, könne nicht gefolgt werden, da das Abstellen auf die konkrete Lage die Grenzen der Gefahrneigung und damit die Grenze zwischen Tatbestand und Verschulden verwische. Die Individualisierung des Begriffs führe außerdem dazu, daß der Charakter einer Tätigkeit ständig wechsele. Schließlich stehe der Schaden oft in einem krassen Miß-

176) Grundlegung; BAG AP Nr. 22 zu § 611 Haftung des Arbeitnehmers; seither ständige Rechtsprechung

177) S. Überblick Gamillscheg/Hanau, S. 16 m.w.N.

178) BAG AP Nr. 80 zu § 611 Haftung des Arbeitnehmers

179) Gamillscheg/Hanau, S. 53, 54 m.w.N., s. insbesondere S. 123, FN 182; Schaub, S. 239; Steindorff, AuR 1966, 67 f.

verhältnis zu der Höhe des Lohns und zwar unabhängig davon, ob die Tätigkeit gefahrgeneigt ist oder nicht.

Dieser Tendenz in der Rechtsprechung und der Literatur, die Grundsätze zur gefahrgeneigten Arbeit auf immer mehr Tätigkeiten auszudehnen und damit die Haftung der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber weiter zu beschränken, würde es entgegenlaufen, wollte man das Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I anerkennen. Denn damit würde ein neuer Haftungstatbestand gerade zu dem Zweck geschaffen, bisher noch nicht schadensersatzpflichtiges fahrlässiges Fehlverhalten erfassen zu können. Wie oben bereits angesprochen gilt die Haftungsbeschränkung zwar unmittelbar nur im Verhältnis vom Arbeitgeber zu den Arbeitnehmern. Der Arbeitnehmer hat bei schadensgeneigter Arbeit aber einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber. Er kann verlangen, daß der Arbeitgeber ihn von der Inanspruchnahme durch den geschädigten Kollegen in der Höhe freistellt, in der dem Arbeitnehmer bei Schädigung des Arbeitgebers eine Haftungs-minderung zuerkannt würde. Soweit der Arbeitnehmer den Schadensersatzanspruch bereits erfüllt hat, kann er von dem Arbeitgeber entsprechenden Ersatz fordern.

Fügt ein Arbeitnehmer einem Arbeitskollegen in Verrichtung seiner Tätigkeit einen Schaden zu, soll er diesem im Falle der Gefahrgeneigtheit der Tätigkeit also letztlich nicht haften.

Die Grundsätze zur gefahrgeneigten Arbeit stehen somit auch einer durch Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz erweiterten Haftung eines Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitskollegen entgegen. Beeinträchtigt ein Arbeitnehmer durch die Verrichtung seiner Tätigkeit einen Arbeitskollegen fahrlässig in seinem beruflichen Fortkommen, sei es durch falsche Vermerke in der Personalakte, einer ungerechtfertigten Versetzung etc., darf dessen Schutz deshalb nicht mit Hilfe des Rechts am Arbeitsplatz verstärkt werden.

Der geschädigte Arbeitnehmer, der keinen Anspruch gegen seinen Arbeitskollegen persönlich geltend machen kann, steht aber nicht schutzlos dar. Ihm bleibt immer der Anspruch gegen den in der Regel solventeren Arbeitgeber aus positiver Vertragsverletzung i.V. mit § 278 BGB.

6) Durch Aufruf zum politischen Streik

Die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz wird ferner für den Fall in Betracht gezogen, daß eine Gewerkschaft zu einem politischen Streik aufruft. ¹⁸⁰⁾ Diejenigen Arbeitnehmer, die mit der politischen Zielsetzung nicht einverstanden sind und deshalb nicht mitstreiken, haben im Betrieb keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr. Da der Arbeitgeber die Lohnzahlung verweigern kann. ¹⁸¹⁾, verlangen sie von der Gewerkschaft Schadensersatz. Lehnt man ein Recht am Arbeitsplatz ab, so kann eine Haftung der Gewerkschaft nur auf § 826 gestützt werden. Dabei wird jedoch in Zweifel gezogen, ob sich ein politisches Verhalten als sittenwidrig einstufen läßt. ¹⁸²⁾

Ein politischer Streik ist dadurch gekennzeichnet, daß die Streikforderung nicht wie beim arbeitsrechtlichen Streik gegen den Arbeitgeber, der bestreikt wird, sondern gegen einen Hoheitsträger gerichtet ist. ¹⁸³⁾ Es wird keine arbeitsrechtliche, sondern eine politische Forderung erhoben, die auch nur ein Hoheitsträger, nicht der Arbeitgeber erfüllen kann.

180) Hanau/Adomeit, S. 171

181) Nach den Grundsätzen zur Betriebsrisikolehre entfällt der Lohnanspruch eines Arbeitnehmers, den der Arbeitgeber infolge des Streiks nicht mehr beschäftigen kann - Rüthers in Brox/Rüthers, Rdnr. 172

182) Hanau/Adomeit, S. 171

183) Brox in Brox/Rüthers, Rdnr. 42; Söllner, S. 78; Seiter S. 118 ff., 498 f.; v. Maydell, NJW 1980, 432; LAG München, NJW 1980, 957

Der politische Streik kann in der Form eines Erzwingungs- und eines Demonstrationsstreiks vorkommen. Diese Unterscheidung ist bedeutsam für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des politischen Streiks. Welche der beiden Formen vorliegt, hängt von dem jeweiligen Kampfziel ab. Soll nur eine bestimmte Meinung nachdrücklich zum Ausdruck gebracht werden, handelt es sich um einen Demonstrationsstreik. Soll dagegen die Gegenseite, an die sich die Streikforderung richtet, zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen durch Druck gezwungen werden, liegt ein Erzwingungsstreik vor.¹⁸⁴⁾ Im Einzelfall kann die Unterscheidung allerdings schwierig sein, da auch beim Demonstrationsstreik, zwar in einer von vornherein dosierten Form, Druck ausgeübt wird. Ist eine Maßnahme von Anfang an zeitlich befristet geplant, spricht das für einen Demonstrationsstreik. Bei einer unbegrenzten Aktion wird es sich dagegen um einen Erzwingungsstreik handeln.

- a) Bezweckt ein Streik, von einem Staatsorgan eine bestimmte Entscheidung zu erzwingen, so ist das mit dem im Grundgesetz verankerten Prinzip der freien Staatswillensbildung nicht vereinbar.¹⁸⁵⁾ Nach Art. 20 II GG und 28 I GG geht alle Staatsgewalt vom Volke aus. Sie wird von dem Volk durch Wahlen und Abstimmungen und im übrigen durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Das Grundgesetz hat damit das System der parlamentarischen Demokratie begründet, zu dem gemäß Art. 38 GG auch die Unabhängig-

184) Rüthers in Brox/Rüthers, Rdnr. 112; Seiter, S. 499; Reuß, AuR 1966, 265; Nikisch, Bd. II, S. 137 f.; Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 884 ff., 896 ff.; LAG München, NJW 1980, 958; von Maydell, NJW 1980, 432

185) Ganz h.M.: Maunz/Düring/Herzog/Scholz, Art. 9, Rdnr. 375, 316, 322; Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 884 ff., 917; Schaub, S. 1138; Seiter, S. 118 ff.; Zöllner, S. 296; Söllner, S. 78; Rüthers in Brox/Rüthers, Rdnr. 104 ff.; Nikisch, Bd. II, S. 137 ff.; Hanau/Adomeit, S. 77

keit der Parlamentarier gehört. An der politischen Willensbildung kann demnach jedermann teilnehmen, dagegen ist die staatliche Willensbildung den zuständigen Staatsorganen vorbehalten. Aus diesem Grunde ist der politische Erzwingungsstreik verfassungswidrig und auf privatrechtlicher Ebene rechtswidrig. 186)

- b) Durch einen politischen Demonstrationsstreik soll im Gegensatz zum politischen Erzwingungsstreik vor allem nachdrücklich eine Meinung geäußert und nicht ein bestimmtes Verhalten erzwungen werden. Wird aber kein unmittelbarer Zwang auf staatliche Organe ausgeübt, kann sich aus diesem Gesichtspunkt nicht die Verfassungswidrigkeit des Demonstrationsstreiks ergeben. 187)

Mit der Feststellung, daß der politische Demonstrationsstreik nicht gegen die Verfassung verstößt, ist aber noch nichts über die zivilrechtliche Zulässigkeit gesagt. Ein Arbeitskampf ist nur dann rechtmäßig, wenn eine Legalisierung aus kollektivrechtlichen Gesichtspunkten möglich ist. Der politische Arbeitskampf wäre folglich dann gerechtfertigt, wenn er von der in Art. 9 III GG gewährleisteten Koalitionsgarantie umfaßt würde. Durch Art. 9 III GG wird u.a. der Kernbereich koalitionsgemäßer Betätigung geschützt. 188) Zu diesem Kernbereich gehört vor allem das Recht, Tarifverträge abzuschließen. Die Tarifverträge sind dazu bestimmt, einen Machtausgleich zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu schaffen. Ihre Regelungen sollen den Interessen beider Seiten gerecht werden und keiner Seite ein unzumutbares Übergewicht vermitteln. Aus diesem Grunde wird auch der Arbeitskampf als Insti-

186) Bestätigt wird das durch die Straftatbestände der Nötigung von Verfassungsorganen - §§ 105 ff. StGB

187) Da in der Praxis oft schwer ist, Demonstrations- und Erzwingungsstreik auseinanderzuhalten, soll nach einer **Mindermeinung** auch der Demonstrationsstreik eine Gefahr für die freie Willensbildung der Staatsorgane darstellen. So LAG München, NJW 1980, 959; Söllner, S. 79

188) BVerfGE 38, 305

tution für die Tarifautonomie vorausgesetzt. 189) Ansonsten wäre weder das Zustandekommen noch die inhaltliche Sachgerechtigkeit tariflicher Regelungen gewährleistet. Der Arbeitskampf muß daher als "ultima ratio" zum Ausgleich sonst nicht lösbarer tariflicher Interessenkonflikte möglich sein. 190) Es soll den Koalitionen als Druckmittel dienen, um gegebenenfalls den Abschluß eines Tarifvertrages erzwingen zu können.

Die Regelungszuständigkeit der Tarifvertragsparteien bezieht sich aber nur auf den Abschluß von Tarifverträgen, die "der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" dienen. Dementsprechend ist der Arbeitskampf als Instrument der Tarifvertragsparteien auch nur im Rahmen tariflich regelbarer Ziele privilegiert. 191) Weiterhin ergibt sich daraus, daß der Streik sich nur gegen den sozialen Gegenspieler richten darf, weil nur dieser einen Tarifvertrag abschließen kann.

Da ein politischer Streik geführt wird, um politische Ziele zu verfolgen und sich die Forderungen gegen den Staat richten, wird ein solcher Streik nicht durch Art. 9 III GG legitimiert. Er ist daher arbeitsvertrags- und tarifgesetzwidrig, es sei denn eine Rechtfertigung würde sich aus anderen Gesichtspunkten ergeben.

189) Art. 9 III GG enthält eine institutionelle Garantie des Arbeitskampfes, nicht ein subjektives Recht - so die h.M. - Rüthers in Brox/Rüthers, Rdnr. 85 m.w.N. a.A. Seiter, S. 85 ff., 92

190) BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

191) Ganz h.M.: Schaub, S. 1140; Seiter, S. 482 m.w.N.; Rüthers in Brox/Rüthers, Rdnr. 85 ff.; BAG AP Nr. 1,2, 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

Teilweise will die Literatur bei Demonstrationstreiks großzügiger sein und diesen rechtfertigen, wenn es sich um eine zeitlich und örtlich von vorneherein begrenzte Maßnahme handelt. 192)

Rechtfertigt man aber in solchen Fällen bei den Arbeitnehmern die Verweigerung der Vertragserfüllung, müßte das konsequenterweise auch für andere Bevölkerungsgruppen wie z.B. Mieter, Grundstückseigentümer, Steuerzahler etc. gelten, die sich durch eine staatliche Maßnahme, das Verhalten einer Partei im Bundestag usw. ungerechtfertigt beeinträchtigt fühlen. Ein so verstandenes Demonstrationstreikrecht kann aber nicht zulässig sein, sondern verstößt gegen rechtsstaatliche Grundsätze. 193)

Als Rechtfertigungsgrund für einen Demonstrationstreik ist noch Art. 5 I GG denkbar.

Die Anwendung des Art. 5 GG ist nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil für die Durchsetzung von Gruppeninteressen Art. 9 III GG das speziellere Grundrecht ist. 194)

Denn mit dem Demonstrationsarbeitskampf wird nicht nur bezweckt, auf die kollektiven Interessen der Arbeitnehmer aufmerksam zu machen, sondern unabhängig davon soll eine politische Meinung geäußert werden. Problematisch ist allerdings, ob das vertragswidrige Unterlassen der Arbeitsleistung eine gemäß Art. 5 I GG geschützte Meinungsäußerung sein kann, da dieses Grundrecht seinem Wortlaut nach nur die mit geistigen Mitteln geführte Auseinandersetzung schützt.

192) S. Hanau/Adomeit, S. 77; Reuß, AuR 1966, 265 ff.; Kaiser, S. 28

193) S. von Maydell, NJW 1980, 434; Seiter, S. 501

194) LAG München, NJW 1980, 959

Selbst wenn man das bejaht ¹⁹⁵⁾, so ist die Meinungsfreiheit doch nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze geschützt. Zu den allgemeinen Gesetzen i.S. des Art 5 II GG gehörten aber auch der Grundsatz, daß Verträge zu halten sind und Vertragsverletzungen zum Schadensersatz verpflichtet. ¹⁹⁶⁾

Art. 5 GG rechtfertigt es grundsätzlich nicht, seine eigene Meinung durch Verletzung der Rechte anderer zu demonstrieren. ¹⁹⁷⁾ Allerdings sind nach ständiger Rechtsprechung ¹⁹⁸⁾ die allgemeinen Gesetze in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits unter Berücksichtigung der Grundrechte auszulegen. Letztlich müssen also im Einzelfall die beiderseitigen Interessen gegeneinander abgewogen werden.

Aber auch diese Einschränkung des Gesetzesvorbehalts wird bei dem politischen Erzwingungsstreik praktisch nie zur Rechtfertigung des Arbeitsvertragsbruchs führen. Denn es bleibt den Arbeitnehmern unbenommen, ihre politische Meinung in allen möglichen Formen wie z.B. Kundgebungen, Demonstrationen außerhalb der Arbeitszeit, Flugblattaktionen etc. kundzutun, ohne in die Rechte des Vertragspartners einzugreifen. Ein Verzicht auf den politischen Demonstrationsstreik führt somit nicht zu einer Einschränkung der Meinungsfreiheit.

Der politische Demonstrationsstreik wird also auch nicht durch Art. 5 GG gerechtfertigt.

195) dafür: Rüthers in Brox/Rüthers, Rdnr. 112; dagegen Seiter, S. 501, der die Auffassung vertritt, Art. 5 I GG lasse alle Formen der zwangsweisen Meinungsdurchsetzung oder Meinungsnotigung schutzlos; s. weitere Nachweise sowohl bei Seiter als auch Brox/Rüthers, vergl. auch Rspr. des BVerfG, z.B. BVerfGE 25, 256, wonach ein Boykottaufruf durch Art. 5 GG geschützt wird, wenn er als Mittel des geistigen Meinungskampfs eingesetzt worden ist.

196) von Maydell, NJW 1980, 434; LAG München, NJW 1980 959; Seiter, S. 501 f.; BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung

197) BVerfGE, NJW 1958, 259

198) Grundlegend BVerfGE, NJW 1958, 257

- c) Durch den Aufruf, an dem rechtswidrigen Streik teilzunehmen, verleitet die Gewerkschaft die Arbeitnehmer dazu, ihre arbeitsvertraglichen Pflichten - die Arbeitspflicht - zu verletzen. Diese Verleitung zum Vertragsbruch könnte sittenwidrig i.S. des § 826 sein.

Bei der Beurteilung des Verhaltens sind wiederum alle Umstände des Einzelfalles zu beachten, insbesondere Ziel, Zweck, das eingesetzte Mittel und schließlich die Verhältnismäßigkeit des Mittels zu diesem Zweck. Für die Bestimmung des Maßstabes der guten Sitten sind, wie bei der Druckkündigung im einzelnen ausgeführt, nicht nur Forderungen der Sozialmoral, sondern auch die der Rechtsordnung selbst immanenten Prinzipien zu berücksichtigen.

Nach Ansicht der Rechtsprechung¹⁹⁹⁾ und eines Teils der Literatur²⁰⁰⁾ ist allein der Aufruf der Gewerkschaft zu einem rechtswidrigen Streik noch nicht als sittenwidrige Handlung einzuordnen. Dies soll nur dann der Fall sein, wenn zusätzlich "besondere Umstände" vorliegen. Wann im einzelnen diese besonderen Umstände gegeben sind, wird allerdings nicht generell geklärt, sondern von Fall zu Fall entschieden. Zur Begründung wird angeführt, daß eine Verleitung zum Vertragsbruch ganz allgemein im Deliktsrecht nicht als sittenwidrig bewertet werde.

Es gebe keinen Grund, im Arbeitskampfrecht eine Ausnahme zu machen.²⁰¹⁾

199) RGZ 103, 421; 119, 294 f.; RG ARS 7, 573 f.; RAG ARS 5, 195; 14, 296; 15, 44; RGZ 51, 384; RG JW 1908, 679; auch außerhalb des Arbeitskampfrechts werden von der Rspr. besondere Umstände verlangt - RGZ 78, 18; 83, 240; BGHZ 12, 318; BGH NJW 1965, 250; WM 1971, 855, MDR 1972, 854

200) Erman/Drees, § 826, Rdnr. 28; Staudinger/Schäfer, § 826, Rdnr. 173; RGRK-Steffen, § 826, Rdnr. 108 f.; Medicus, Rdnr. 625; Palandt/Thomas, § 826, Anm. 8 q; Brox, JA 1981, 78; Brox in Brox/Rüthers, Rdnr. 372; Brox SchuldR BT, Rdnr. 471

201) Konzen, AcP 177, 475 f.; Zöllner, S. 299

Da die Vertragserfüllung grundsätzlich Sache des Vertragspartners und nicht des Verleitenden sei, sei dessen Verhalten nur dann moralisch anstößig, wenn besondere Umstände hinzutreten. Diese besonderen Umstände könnten sich etwa aus der Verwerflichkeit des Mittels oder des Zwecks sowie der Unverhältnismäßigkeit zwischen Mittel und Zweck ergeben.

Krasser ²⁰²⁾, der das Problem der Sittenwidrigkeit der Verleitung zum Vertragsbruch eingehend erörtert, kommt zu dem Ergebnis, daß sich die Sittenwidrigkeit aus der Mißachtung des Grundsatzes "pacta sunt servanda" ableiten lasse. Da dieser Grundsatz ein allgemeines der Rechtsordnung zugrundeliegendes Prinzip darstelle, solle er auch bei der Konkretisierung des Inhalts der guten Sitten maßgeblich berücksichtigt werden. Die Verleitung zum Vertragsbruch sei sittenwidrig, wenn der Dritte diesen Grundsatz mißachte. Das sei der Fall, wenn dieser, obwohl der Schuldner seine Leistungsbereitschaft zu erkennen gebe, hartnäckig auf seinem Verlangen beharre oder aber die Absicht habe, gerade den Gläubiger zu schädigen.

Diese Erfordernisse liegen im Falle eines Arbeitskampfes praktisch immer vor. ²⁰³⁾ Denn die Verbände können und werden ihren Kampfbefehlen erheblichen Nachdruck verleihen, indem sie ihre Mitglieder auf die verbandsinternen Disziplinierungsmittel hinweisen, die ihnen zur Verfügung stehen, falls eine Maßnahme bzw. ein Aufruf nicht befolgt wird. ²⁰⁴⁾

202) Krasser, insbesondere S. 293 ff.; ihm folgend Seiter, S. 477 f.; vergl. Larenz, SchuldR BT, Bd. II, S. 640

203) Seiter, S. 478; Fabricius, RdA 1962, 97

204) Vergl. zu den Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes gegen das Verbandsrecht - Schlüter in Brox/Rüthers, Rdnr. 485 ff.

Auf die Außenseiter können die Gewerkschaften Druck ausüben, indem sie Streikposten aufstellen. ²⁰⁵⁾

Legt man die Ansicht Krassers für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit der Verleitung zum Vertragsbruch zugrunde, hat die Gewerkschaft in der vorliegenden Fallgestaltung allein deshalb gegen die guten Sitten verstoßen, weil sie zu dem rechtswidrigen politischen Streik aufgerufen hat.

Dagegen ist zweifelhaft, ob bei einem Aufruf zu einem politischen Streik "besondere Umstände" gegeben sind, aus denen sich die Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Gewerkschaft ergeben könnte. ²⁰⁶⁾ Wäre das der Fall, könnte hier eine Entscheidung darüber, ob die Sittenwidrigkeit einer Verleitung zum Vertragsbruch nur bei Vorliegen besonderer Umstände zu bejahen ist, dahinstehen. Ruft die Gewerkschaft zu einem politischen Erzwingungsstreik auf, ergeben sich die besonderen Umstände, die die Sittenwidrigkeit der Verleitung zum Vertragsbruch begründen, aus dem mit dem Streik verfolgten Zweck. Denn der politische Erzwingungsstreik, durch den ein Staatsorgan zu einer bestimmten Entscheidung gezwungen werden soll, verstößt gegen das in Art. 20 II und 28 I GG verankerte System der freien Staatswillensbildung und damit gegen ein wesentliches Prinzip der parlamentarischen Demokratie. Aber auch wenn die Gewerkschaft nur zu einem politischen Demonstrationsstreik aufruft, liegen besondere Umstände vor, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt.

²⁰⁵⁾ S. dazu oben S. 82 ff.

²⁰⁶⁾ Würde zu den besonderen Umständen auch ein intensives Einwirken i.S. Krassers zählen, wäre bei einem Aufruf zum rechtswidrigen Streik § 826 immer gegeben. Zweifelnd insoweit RGRK-Steffen, § 826, Rdnr. 109; im übrigen Schrifttum wird dazu keine Stellung genommen.

Denn dadurch überschreitet die Gewerkschaft bewußt und gezielt die ihr nach dem GG - Art. 9 III - zustehenden Kompetenzen zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Daß politische Ziele nicht tariflich regelbar sind, ist für die Gewerkschaft offensichtlich. Das ergibt sich auch daraus, daß der betroffene Arbeitgeber nicht in der Lage ist, die Forderungen zu erfüllen. Die Gewerkschaft mißachtet somit die Funktion des Arbeitskampfes, der lediglich dazu dienen soll, den Abschluß eines Tarifvertrages erzwingen zu können, wenn die tariflichen Interessenkonflikte ansonsten nicht lösbar sind. Insofern wiegt der Aufruf zu einem rechtswidrigen politischen Streik schwerer als wenn die Gewerkschaft zu einem aus anderen Gründen rechtswidrigen Streik aufruft, der sich noch grundsätzlich im Rahmen ihrer Befugnisse zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen hält. 2o7)

Um ihre politische Meinung wirkungsvoll darstellen zu können, nimmt die Gewerkschaft sowohl die Schädigung des Arbeitgebers als auch der arbeitswilligen Arbeitnehmer, die infolge des Streiks nicht beschäftigt werden können, in Kauf. Dabei hätte sie genügend andere Möglichkeiten gehabt, ihre politische Meinung darzustellen, ohne daß dies notwendig mit Eingriffen in Rechte anderer verbunden gewesen wäre. Wie schon oben angesprochen, hätte sie z.B. eine Demonstration außerhalb der Arbeitszeit organisieren, eine Stellungnahme in der Zeitung, dem Rundfunk oder dem Fernsehsehn abgeben oder aber Flugblätter verteilen lassen können.

2o7) So ist z.B. die Vereinbarung von Effektivklauseln nach der Rechtsprechung unzulässig. BAGE 2o, 3o8; 23, 399; nach der Rechtsprechung wäre der Arbeitskampf mit einem solchem Ziel tarifgesetzwidrig. Die Streikforderung bewegt sich aber nicht völlig außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Gewerkschaften.

Aus den oben angeführten Gesichtspunkten ergibt sich somit, daß bei einem politischen Streik in der Regel "besondere Umstände" vorliegen werden, die die Sittenwidrigkeit der Verleitung zum Vertragsbruch begründen.

- d) § 826 setzt weiterhin voraus, daß die Gewerkschaft mit dem Vorsatz handelt, arbeitswillige Arbeitnehmer zu schädigen. Dabei genügt bedingter Vorsatz ²⁰⁸⁾, d.h. das Bewußtsein des Schädigers, daß infolge seines Verhaltens ein anderer Schaden erleiden kann, sofern er diesen möglichen Erfolg in seinen Willen aufgenommen und für den Fall seines Eintritts in Kauf genommen hat. Hat die Gewerkschaft vorhergesehen, daß arbeitswillige Arbeitnehmer durch ihr Verhalten geschädigt werden und hat sie dies billigend in Kauf genommen, liegt auch der nötige Schädigungsvorsatz vor.

Die arbeitswilligen Arbeitnehmer haben damit gegen die Gewerkschaft einen Anspruch auf Ersatz der ihnen durch den politischen Streik entstandenen Schäden, wie z.B. des Lohnausfalls. Da die Arbeitnehmer im Falle des Aufrufs der Gewerkschaft zu einem politischen Streik umfassend durch § 826 geschützt werden, ist die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz wiederum nicht notwendig. ²⁰⁹⁾

208) Münch/Komm-Mertens, § 826, Rdnr. 61

209) Zu dem Fall des Aufrufs zu einem rechtswidrigen Streik, der nicht die Besonderheiten eines politischen Streiks aufweist, s. unten, S. 118 ff. Dort wird zwar der Aufruf zu einer rechtswidrigen Aussperrung behandelt, in der Lösung ergeben sich aber keine Unterschiede zu dem Aufruf zu einem rechtswidrigen Streik.

7) Durch Anordnung einer rechtswidrigen Aussperrung

Dagegen könnte bei einem Aufruf zu einer rechtswidrigen Aussperrung, mit der keine politischen Ziele verfolgt werden, zum Schutze der Arbeitnehmer die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz erforderlich sein. Denn dann ist zweifelhaft, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten bejaht werden kann. Dies soll an Hand des Aufrufs eines Arbeitgeberverbandes ²¹⁰⁾ zu einer rechtswidrigen Aussperrung überprüft werden. Die dem Arbeitgeberverband angeschlossenen Arbeitgeber befolgen den Aufruf, obwohl sie von der Rechtswidrigkeit der Aussperrung Kenntnis haben und daher nach dem Verbandsrecht nicht dazu verpflichtet sind oder aber, weil sie in dem Glauben sind, die beabsichtigte Aussperrung sei rechtmäßig. Die Arbeitnehmer verlangen von dem Arbeitgeberverband Ersatz des ihnen durch die rechtswidrige Aussperrung entstandenen Schadens. ²¹¹⁾

In Höhe des Lohnanspruchs kann den Arbeitnehmern allerdings gar kein Schaden entstehen. Denn werden die Arbeitnehmer rechtswidrig ausgesperrt, behalten sie gemäß § 615 den Lohnanspruch gegen ihren Arbeitgeber. ²¹²⁾

Da die Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber hinreichend durch vertragliche Ansprüche geschützt werden, wurde ein Bedürfnis für die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz in diesem Verhältnis verneint. ²¹³⁾

Denkbar ist aber, daß die Arbeitnehmer durch den vorübergehenden Lohnausfall finanzielle Verluste erleiden. Sie sind etwa gezwungen einen Kredit aufzunehmen und Kreditzinsen zu bezahlen, Gegenstände zu verpfänden etc.

210) Da der Arbeitgeberverband i.d.R. als rechtsfähiger Verein, § 21, organisiert ist, kann er nicht selbst, sondern nur durch die zuständigen Organe, handeln. Der Einfachheit soll hier aber nur die Rede von " dem Arbeitgeberverband " sein.

211) Brox in Brox/Rüthers, RdNr. 346

212) S. oben S. 29 ff.

213) S. oben S. 29 ff.

- a) Ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Arbeitgeberverband kann sich in der Regel nur aus unerlaubter Handlung ergeben, da zwischen dem Arbeitgeberverband und den Arbeitnehmern keine vertraglichen Beziehungen bestehen. Lediglich bei der tarifvertragswidrigen Aussperrung können auch vertragliche Schadensersatzansprüche der Gewerkschaftsmitglieder gegen den Arbeitgeberverband wegen Verletzung des Tarifvertrages in Betracht kommen. ²¹⁴⁾ Denn da schuldrechtliche Verträge zugunsten Dritter geschlossen werden können, haben auch die Tarifvertragsparteien die Möglichkeit, Rechte für ihre Mitglieder zu begründen. ²¹⁵⁾ Inwieweit die Mitglieder in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen werden sollen, hängt von dem Parteiwillen ab. Fehlt eine besondere Bestimmung, so ist die Entscheidung gemäß § 328 II BGB aus dem Zweck des Tarifvertrages zu entnehmen. Zugunsten der einzelnen Verbandsmitglieder wirkt sich immer die jedem Tarifvertrag innewohnende Friedenspflicht aus. ²¹⁶⁾ Inhalt der Friedenspflicht ist ein Arbeitskampfverbot für die Tarifparteien während der Geltungsdauer des Tarifvertrages. Durch die Einhaltung der Friedenspflicht sollen auch Individualinteressen der einzelnen Mitglieder geschützt werden. Sowohl die einzelnen Arbeitgeber als auch die Arbeitnehmer haben ein vermögenswertes Interesse an der Unterlassung von Kampfmaßnahmen, da ein Arbeitskampf bei beiden Vermögensschäden verursacht.

214) Brox in Brox/Rüthers, Rdnr. 346; Wiedemann/Stumpf, § 1, Rdnr. 381

215) Allg. Ansicht - BAG AP Nr. 2 und 4 zu § 1 TVG - Friedenspflicht

216) BAG AP Nr. 2 und 4 zu § 1 TVG, Friedenspflicht; Wiedemann/Stumpf, § 1, Rdnr. 317, 328, 381; Schaub, S. 1182; Brox in Brox/Rüthers, Rdnr. 346, FN 171

Ein Anspruch des Verbandes allein würde nicht genügen, weil dem Verband als solchem kein Schaden entsteht.

Bei dem Tarifvertrag handelt es sich insoweit um einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. ²¹⁷⁾

Wird die tarifvertragliche Friedenspflicht durch den Arbeitgeberverband schuldhaft verletzt, können ausgesperrte Arbeitnehmer, die Mitglieder der Gewerkschaft sind, somit Ersatz des ihnen durch den Aufruf zur tarifvertragswidrigen Aussperrung entstandenen Schadens verlangen, also etwa Ersatz des Schadens in Höhe der Kreditzinsen und der durch die Pfändung verursachten Verluste.

Ein Anspruch aus Vertragsverletzung steht allerdings auch nur den Gewerkschaftsmitgliedern zu. Der Tarifvertrag entfaltet insoweit keine Schutzwirkung zugunsten der ausgesperrten Außenseiter.

- b) Eine Aussperrung kann aber auch aus anderen Gründen rechtswidrig sein. So stehen beispielsweise alle Arbeitskämpfe unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. ²¹⁸⁾ Denn Arbeitskämpfe stellen einen Eingriff in vertragliche Rechte dar und berühren dabei nicht nur die Interessen der am Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch Dritter und der Allgemeinheit. Daher dürfen keine Kampfmaßnahmen ergriffen werden, die unnötig, ungeeignet sind oder außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen. ²¹⁹⁾ Als geeignet, erforderlich und proportional gelten nur solche Abwehraussperrungen, die die Herstellung der Verhandlungsparität bezwecken.

217) Rùthers in Brox/Rùthers, Rdnr. 220; Hueck/Nipperdey, II 1, S. 705; Nikisch, Bd. II, S. 327; Zöllner, S. 253

218) BAG AP Nr. 43, 65 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf

219) Seiter, S. 513 ff. m.w.N.; Hueck/Nipperdey, II 2, S. 939 ff.; Zöllner, S. 302; Söllner, S. 90; BAG AP Nr. 1, 13, 34, 43, 65 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf

So soll das Tarifgebiet regelmäßig als Grenze des Kampfgebiets angesehen werden. ²²⁰⁾ Ferner beurteilt sich die Verhältnismäßigkeit einer Abwehraussperrung nach dem Umfang des Angriffsstreiks. ²²¹⁾ Je enger dieser geführt wird, desto stärker ist das Bedürfnis der Arbeitgeberseite, den Arbeitskampf auf weitere Betriebe des Tarifgebiets auszudehnen. ²²²⁾

Weiterhin kann eine Aussperrung rechtswidrig sein, weil sie nicht um ein tariflich regelbares Ziel geführt wird. Eine solche Fallkonstellation ist allerdings wohl nur bei einer Angriffsaussperrung denkbar. Denn nur dann bestimmt und verfolgt die Arbeitgeberseite ein eigenes Regelungsziel. Die Abwehraussperrung stellt dagegen regelmäßig nur eine Reaktion auf einen Streik dar. Dadurch sollten die Tarifforderungen der Gewerkschaft ganz oder teilweise zurückgewiesen werden. Das Streikziel ist im Falle der Abwehraussperrung also durch die Gewerkschaft vorbestimmt. In der Praxis wird es kaum vorkommen, daß die Arbeitgeberseite den Arbeitskampf auf weitere,

220) Rüthers in Brox/Rüthers, Rdnr. 204 m.w.N.; BAG AP Nr. 65 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf

221) Bertelsmann, S. 346; Löwisch, RdA 1980, 12; Rüthers in Brox/Rüthers, Rdnr. 208; BAG AP Nr. 65 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf

222) Zur Bestimmung der Verhältnismäßigkeit der Kampfmaßnahme hat das BAG einen genauen Zahlen-schlüssel für das Verhältnis von Streikenden und Auszusperrenden festgelegt - BAG AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

nicht tariflich regelbare Ziele erweitert. 223)

Aber auch der Fall einer Angriffsaussperrung ist nicht besonders praxisrelevant - die Angriffsaussperrung hat bisher in Deutschland noch keine Rolle gespielt.

Ist eine Aussperrung rechtswidrig, weil sie unverhältnismäßig ist oder ein nicht tariflich regelbares Ziel verletzt wird, kommt ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Tarifvertrages nicht in Betracht. Denn der Tarifvertrag entfaltet insoweit keine Schutzwirkung zugunsten der einzelnen Verbandsmitglieder. Damit bleibt den Arbeitnehmern lediglich ein Schadensersatzanspruch aus Delikt, insbesondere § 826.

- aa) Die Sittenwidrigkeit des Verhaltens des Arbeitgeberverbandes könnte sich wie in dem vorherigen Beispielsfall - Aufruf der Gewerkschaft zu einem politischen Streik - aus dem Gesichtspunkt der Verleitung zum Vertragsbruch ergeben. Das gilt allerdings nur, wenn der Arbeitgeberverband bewußt eine rechtswidrige Aussperrung anordnet; denn § 826 beschränkt die Haftung auf Vorsatz. Zwar gehört das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit nach Wortlaut und Normzweck nicht zum Vorsatz. 224) Der Schädiger muß aber die Umstände gekannt haben, die sein Verhalten als sittenwidrig erscheinen lassen. 225)

223) Für den Fall, daß die Arbeitgeberseite auf einen rechtswidrigen Streik mit einer Abwehraussperrung antwortet, wird in der Literatur allerdings vertreten, daß insoweit kein tariflich regelbares Ziel vorliege, sondern eine Rechtsstreitigkeit, für welche die Zuständigkeit der Gerichte gegeben sei - so Seiter, S. 374 ff.; Rüthers in Brox/Rüthers, Rdnr. 217 f. und 341; A.A. die Rspr. und h.M. in der Literatur, da der Arbeitgeber bei einem rechtswidrigen Streik nicht schlechter gestellt werden dürfe, als bei einem rechtmäßigen. - BAG AP Nr. 24 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Konzen, AcP 177, 534; Schaub, S. 1156; Hueck/Nipperdey, II 2, S. 953 f.; Schwerdtner I, Rdnr. 101

224) Münch/Komm-Mertens, § 826, Rdnr. 42; Staudinger/Schäfer § 826, Rdnr. 66; BGHZ 8, 87

225) Palandt/Thomas, § 826, Anm. 3 b; Staudinger/Schäfer, § 826, Rdnr. 66 m.w.N. BGH WM 1962, 1152

§ 826 greift nicht ein, wenn der Täter Tatumstände nicht erkannt hat, ohne die der Tatbestand einer sittenwidrigen Handlung nicht gegeben gewesen wäre. Das gilt auch, wenn der Täter infolge eines Rechtsirrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen sein Verhalten als erlaubt ansehen durfte. 226)

Geht der Arbeitgeberverband demnach davon aus, daß die von ihm angeordnete Aussperrung rechtmäßig ist, scheidet ein Anspruch aus § 826 von vorneherein aus. Denn dann stellt sich der Arbeitgeberverband einen Sachverhalt vor, bei dem durch die Anordnung der Aussperrung keine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verletzt würden.

Handelt der Arbeitgeberverband dagegen in Kenntnis der Rechtswidrigkeit seiner Anordnung, kommt § 826 als Anspruchsgrundlage in Betracht. Mit der Anordnung einer rechtswidrigen, sei es unverhältnismäßigen oder tarifwidrigen Aussperrung fordert der Arbeitgeberverband die einzelnen Arbeitgeber dazu auf, ihre Verträge mit den Arbeitnehmern zu brechen. Zweifelhaft ist, ob diese Verleitung zum Vertragsbruch seitens des Arbeitgeberverbandes gegen die guten Sitten verstößt.

Das ist der Fall, wenn man - wie Krasser 227) - die Sittenwidrigkeit einer Verleitung zum Vertragsbruch bereits unter der Voraussetzung bejaht, daß der Dritte intensiv auf den Vertragspartner einwirkt und auf diese Weise zum Vertragsbruch veranlaßt. Fordert man dagegen zusätzlich das Vorliegen " besonderer Umstände " 228) kann das Verhalten des Arbeitgeberverbandes in der vor-

226) BGH NJW 1973, 2285 f.; RGZ 159, 227

227) Krasser, Vertragliche Rechte gegen Eingriffe Dritter, insbes. S. 293 ff.; ihm folgend: Seiter, S. 477 f.

228) Erman/Drees, § 826, Rdnr. 28; RGRK - Steffen, § 826, Rdnr. 108 f.; Brox in Brox/Rüthers, Rdnr. 372

liegenden Fallkonstellation nicht als sittenwidrig bewertet werden.

Krasser berücksichtigt in seiner Abhandlung, daß bei der Bestimmung des Inhalts der guten Sitten nicht nur außerrechtliche Wertmaßstäbe, sondern darüberhinaus auch der Rechtsordnung zugrundeliegende Wertungen von Bedeutung sind.²²⁹⁾ Demgegenüber scheinen die Vertreter der anderen Meinung nur außerrechtliche Wertmaßstäbe heranziehen zu wollen, wenn sie verlangen, daß das Verhalten des Verleitenden "moralisch anstößig"²³⁰⁾ sein muß, um die Sittenwidrigkeit der Verleitung zum Vertragsbruch bejahen zu können. Die moralische Verwerflichkeit soll bei Vorliegen besonderer Umstände wie z.B. Gewaltandrohung, Sabotageakten, Anwendung unsittlicher Mittel etc. gegeben sein. Wie im Zusammenhang mit der Druckkündigung erläutert wurde²³¹⁾, ist aber im Rahmen des § 826 generell mit einer Verweisung auf außerrechtliche Maßstäbe nicht mehr auszukommen.

Krasser würdigt als einen solchen, der Rechtsordnung zugrundeliegenden Maßstab, an Hand dessen er die Sittenwidrigkeit der Verleitung zum Vertragsbruch beurteilen will, den Grundsatz "pacta sunt servanda". Zwar gelte dieser Grundsatz eigentlich nur für die Vertragsparteien, da die Vertragserfüllung grundsätzlich Sache der Vertragspartner sei. In dem Grundsatz komme aber ein Wert zum Ausdruck, der auch von Dritten zu beachten sei. Dieser Wert liege darin, daß man sich

229) Krasser, S. 275 ff.

230) So z.B. Brox, JA 1981, 78; ders., SchuldR.BT, Rdnr. 471

231) S. oben S. 61 f.

auf das vertraglich zugesagte Verhalten verlassen können müsse. 232)

Auf Grund dessen könne auch nur die geltende auf Vertragsfreiheit beruhende Privatrechtsordnung funktionieren. Werde dieser Wert von einem Dritten eindeutig mißachtet, sei die Verleitung zum Vertragsbruch sittenwidrig. 233)

Krasser will dementsprechend keinesfalls jede Verleitung zum Vertragsbruch für sittenwidrig erklären.

Vielmehr berücksichtigt er - wie die Gegenmeinung - 234), daß es mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit unvereinbar wäre, eine grundsätzliche Rücksichtnahme auf fremde Verträge zu fordern. Trotzdem kommt er aber ohne die moralisch verwerflichen " besonderen Umstände " aus. Durch schrittweises Vorgehen grenzt er den Anwendungsbereich des § 826 schließlich auf die Fälle ein, in denen der Dritte einen Vertragspartner zum Vertragsbruch bestimmen will, obwohl dieser zu erkennen gibt, daß er sich vertragstreu verhalten will. Tatbestandsmäßig sollen also nur die Fälle intensiver und hartnäckiger Einwirkung sein. Darüberhinaus kann auch das erste Herantreten an einen vertraglich Gebundenen sittenwidrig sein, wenn der Dritte sein Vorgehen von vorneherein auf Überwindung einer erwarteten Ablehnung anlegt, die Beeinflussung durch Täuschung, Drohung oder Rechtszwang erfolgt. 235)

232) Krasser, S. 294

233) Krasser, S. 303

234) s. oben S. 114

235) Krasser, S. 311 ff.

Mit der von Krasser vorgeschlagenen Lösung können alle Fälle der Verleitung zum Vertragsbruch unter einem einheitlichen rechtlichen Gesichtspunkt gewürdigt und so die schutzwürdigen Sachverhalte herausgearbeitet werden. Die Würdigung unter dem Gesichtspunkt "pacta sunt servanda" hat trotzdem nicht zur Folge, daß der Schutz zu weit ausgedehnt wird, da der für den Dritten geltende Grundsatz der Vertragsfreiheit hinreichend beachtet wird.

Demgegenüber ist sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur keine klare Linie erkennbar, wann eine Verleitung zum Vertragsbruch sittenwidrig sein soll. Denn was letztlich alles zu den "besonderen Umständen" gehört, wird nirgends eingehend behandelt, sondern nur jeweils von Fall zu Fall entschieden.

Auf Grund der aufgezeigten Vorteile soll hier dem Lösungsansatz Krassers gefolgt werden.

Damit verstößt der Aufruf des Arbeitgeberverbandes zu einer rechtswidrigen Aussperrung gegen die guten Sitten, wenn er seinen Kampfbefehlen massiven Nachdruck verleiht, um die Verbandsmitglieder zur Teilnahme an dem Arbeitskampf zu veranlassen.²³⁶⁾ Er kann die Mitglieder unter Druck setzen, indem er mit verbandsinternen Disziplinierungsmittel, Boykott etc. droht.

- bb) Aber selbst wenn man dem Lösungsvorschlag Krassers zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer Verleitung zum Vertragsbruch nicht zustimmen will, erscheint es nicht sinnvoll, zum Schutz der Arbeitnehmer eine Generalklausel wie das Recht am Arbeitsplatz, deren Anwendungsbereich weitgehend ungeklärt ist, anzuerkennen.

Statt dessen sollte man eine Lösung der vorliegenden Fallgestaltung eher über eine konkretisierende Interpretation des § 826 zu gewinnen suchen, indem man punktuell die Schwelle der Sittenwidrigkeit niedriger ansetzt.

So gilt z.B. nach der Rechtsprechung und allgemeinen Literaturmeinung ²³⁷⁾ auch im Wettbewerbsrecht jede vorsätzliche Verleitung zum Vertragsbruch als sittenwidrig, ohne daß zusätzlich "besondere Umstände" vorausgesetzt würden.

Um zu verdeutlichen, welche Eingrenzungsschwierigkeiten im Falle der Schaffung einer neuen Generalklausel entstehen, wurde bereits auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verwiesen. Um eine uferlose Haftung zu vermeiden, hat man dort versucht, den Tatbestand durch das Erfordernis eines unmittelbaren bzw. betriebsbezogenen Eingriffs zu begrenzen. Die tatbestandliche Begrenzung ist der Rechtsprechung aber damit nicht gelungen, weil diese Begriffe ihrerseits wiederum der Präzisierung bedürfen. Bei einer Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I würde man diese Probleme hinnehmen, nur um den bisher einzigen Anwendungsfall lösen zu können.

- cc) Auch wenn man den vorsätzlichen Aufruf zu einer rechtswidrigen Aussperrung nicht als sittenwidrig bewerten will, bedeutet dies nicht zwangsläufig, daß ein rechtspolitisches Bedürfnis besteht, zum Schutz der Arbeitnehmer ein Recht am Arbeitsplatz anzuerkennen.

236) Seiter, S. 477; Fabricius, RdA 1962, 96;
s. weiterhin oben S. 114 ff.

237) Statt vieler: Münch/Komm-Mertens, § 826, Rdnr. 129 m.w.N.

Die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz würde lediglich dem Zweck dienen, den Arbeitnehmern in dem Arbeitgeberverband einen zweiten Schuldner gewähren zu können. Denn im Falle einer rechtswidrigen Aussperrung haben die Arbeitnehmer in jedem Fall Ansprüche gegen ihren Arbeitgeber. Sie sind folglich nicht schutzlos. Der Lohnanspruch wird gemäß §§ 611, 615 aufrechterhalten, durch den vorübergehenden Lohnausfall entstehende Schäden können sie wegen positiver Vertragsverletzung ersetzt verlangen. 238)

Ein Fall, bei dem der Arbeitgeber zwar den Arbeitsvertrag verletzt, aber wegen fehlenden Verschuldens nicht haftet, während der die Aussperrung veranstaltende Arbeitgeberverband rechtswidrig und schuldhaft handelt, ist praktisch wohl nicht denkbar. 239)

Prinzipiell soll der Arbeitnehmer sich im Falle von Vertragsverletzungen auch an seinen Arbeitgeber halten, da er sich diesen als Vertragspartner selbst ausgesucht hat. Erweist der Arbeitgeber sich als vertragsbrüchig, muß er sich demzufolge vorrangig mit diesem auseinandersetzen. Er kann gegen den Arbeitgeber spezielle vertragliche Ansprüche geltend machen. 240)

Weiterhin wäre es für die Arbeitnehmer nicht von großem Vorteil, wenn sie den Arbeitgeberverband neben ihrem Arbeitgeber auf Schadensersatz in Anspruch nehmen könnten.

Der Arbeitgeberverband, der in der Regel als rechtsfähiger Verein i.S. des § 21 organisiert ist, wird kein großes eigenes Vermögen haben.

238) S. oben S. 32 ff.

239) Zöllner, FS - 25 Jahre BAG, S. 749

240) Zöllner, FS - 25 Jahre BAG, S. 749; vergl. Esser/Weyers, Bd. II, TB. 2, S. 173; Krasser, S. 297; Buchner, S. 147 ff., 172 f.

Finanziert wird der Arbeitgeberverband durch die Mitgliedsbeiträge der einzelnen Arbeitgeber. Diese werden aber aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten darauf bedacht sein, die Beiträge möglichst niedrig zu halten. Denn mit dem Vermögen, das sich bei dem Arbeitgeberverband ansammelt, kann nicht mehr gearbeitet werden. Da den Gläubigern auch nur das Sondervermögen haftet, nicht aber das Vermögen der einzelnen Mitglieder, erhalten die Arbeitnehmer damit in der Regel keinen finanzkräftigeren Schuldner als es ihr Arbeitgeber selbst ist.²⁴¹⁾ Selbst im Konkurs des Arbeitgebers ist der Arbeitnehmer weitgehend geschützt. Sein Anspruch auf Arbeitsvergütung, zu verstehen im weitesten Sinne, ist gemäß § 59 I Nr. 3 KO entweder Masseforderung und damit vorweg aus der Konkursmasse zu befriedigen, oder gemäß § 61 I Nr. 1 KO zumindest bevorrechtigte Konkursforderung.²⁴²⁾ Ist der Arbeitgeber zahlungsunfähig, haben die Arbeitnehmer unter den Voraussetzungen der §§ 141 a ff. AFG gegen den Staat einen Anspruch auf Konkursausfallgeld. Schließlich ist es für den Arbeitnehmer rein zufällig, ob der Arbeitgeber in einem Arbeitgeberverband organisiert ist und er damit einen zweiten Schuldner erhält. Sperrt ein nicht in einem Verband organisierter Arbeitgeber seine Arbeitnehmer aus, bleiben diesen auch nur die Ansprüche gegen den Arbeitgeber allein.²⁴³⁾

241) Über welche finanziellen Stärken die Verbände tatsächlich verfügen, ist weitgehend unbekannt, da dies aus kampfaktischen Gründen geheimgehalten wird, vergl. Seiter, S. 285, m.w. N.

242) Schaub, S. 558 f.

243) S. oben S. 28 ff.

Da der Arbeitnehmer hinreichend durch das Vertragsrecht geschützt ist, besteht somit kein rechtspolitisches Bedürfnis, das Recht am Arbeitsplatz zu befürworten. Auch wenn der Arbeitgeberverband fahrlässig zu einer rechtswidrigen Aussperrung aufgerufen hat, so daß eine Haftung aus § 826 von vorneherein ausscheidet, bedarf es aus diesem Grunde nicht der Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I.

Ist der Arbeitgeberverband irrtümlich in dem Glauben, er rufe zu einer rechtmäßigen Aussperrung auf, würde er zudem auch über § 823 I häufig nicht haften. Denn war der Irrtum bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbar, kann dem Arbeitgeberverband kein Schuldvorwurf gemacht werden. ²⁴⁴⁾

Eine Schadensersatzpflicht bestünde nicht. Zweifelhaft ist, wann die Unvermeidbarkeit des Irrtums zu bejahen ist. Neuerdings soll das nach der Rechtsprechung des BAG ²⁴⁵⁾ dann der Fall sein, wenn es den Kampfparteien unzumutbar ist, auf den Arbeitskampf zu verzichten. Bei Zweifeln über die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes dürfe von diesem nur in maßvollem Rahmen und nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn für die Zulässigkeit beachtliche Gründe sprächen und eine Klärung der Rechtslage anders nicht zu erreichen sei.

244) Bei einem solchen Rechtsirrtum handelt es sich um einen Verbotsirrtum - s. Brox, JA 1981, 77; BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

245) BAG NJW 1978, 2114 bezüglich Kampfmaßnahmen der Gewerkschaft

Damit hat das BAG den von der Literatur ²⁴⁶⁾ vorgebrachten Bedenken Rechnung getragen, daß der Arbeitskampf ansonsten zu einem unzumutbaren Risiko werde und die Freiheit zum Arbeitskampf ungebührlich einschränke. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß die Grundsätze über die Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen weitgehend auf Richterrecht beruhen und ein Irrtum somit leichter möglich und daher auch leichter entschuldbar ist als ein Irrtum über Gesetzesrecht. Dementsprechend würde eine Haftung des Arbeitgeberverbandes gemäß § 823 I häufig wegen der Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums ausscheiden. ²⁴⁷⁾

Einer Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz bedarf es aus oben genannten Gründen jedenfalls nicht.

Daß die Gewerkschaften den Arbeitgebern bei einem, sei es vorsätzlichen oder fahrlässigen Aufruf zu einem rechtswidrigen Streik wegen Verletzung des Rechts am Gewerbebetriebs haftet, spricht nicht gegen obiges Ergebnis. Denn die Situation der Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist eine völlig andere. Die Arbeitnehmer, die dem Arbeitgeber für die durch einen rechtswidrigen Streik verursachten Schäden wegen Verletzung des Arbeitsvertrages haften, sind nämlich so gut wie immer unvermögend. Dem Arbeitgeber bliebe praktisch nur die Möglichkeit, Lohnpfändungen vorzunehmen.

246) Mayer-Maly, Anm. BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; ders. RdA 1970, 294; Seiter, S. 48; Söllner S. 92;

Früher hat das BAG strengere Anforderungen an -die Unvermeidbarkeit des Irrtums gestellt -
s. BAGE 3, 287; 6, 370; 15, 196; 15, 208 f.;
65 23, 320

247) So ist z.B. auch nach dem Urteil des BAG - AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf - zum zulässigen Umfang einer Abwehraussperrung die Rechtslage noch in vielen Punkten ungeklärt. Kritisch dazu: Rüthers in Brox/Rüthers, Rdnr. 208, 211 m.w.N.

Auf Dauer würde dem Arbeitnehmer aber auf diese Weise seine Existenzgrundlage genommen. Dementsprechend ist der Arbeitgeber praktisch gezwungen, sich zur Realisierung seiner Schadensersatzansprüche nicht an seine Vertragspartner, die Arbeitnehmer, sondern statt dessen an die Gewerkschaft zu halten.

Von den Arbeitgeberverbänden können die Arbeitnehmer also nur dann Schadensersatz verlangen, wenn diese vorsätzlich zu einer rechtswidrigen Aussperrung aufgerufen haben. Da in diesem Fall der Arbeitgeberverband auch regelmäßig den, zumindest bedingten, Vorsatz hat, die Arbeitnehmer zu schädigen, ist der Anspruch auf Schadensersatz aus § 826 begründet. Für einen weitergehenden Schutz durch § 823 I besteht kein Bedürfnis.

II. Eingriffe Dritter in den Gewerbebetrieb, die zugleich das Recht des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz beeinträchtigen

- 1) Ferner könnte ein rechtspolitisches Bedürfnis für die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz bestehen, wenn die Arbeitnehmer auf Grund von Eingriffen Dritter in den Gewerbebetrieb, bei dem sie beschäftigt sind, ihren Arbeitsplatz verlieren.

So ist etwa denkbar, daß auf Grund eines Arbeitskampfes in einem Drittbetrieb in einem anderen Betrieb nicht mehr produziert werden kann. Die wirtschaftlichen Schwierigkeiten werden so groß, daß dieser gezwungen ist, einen Teil der Arbeitnehmer zu entlassen. Die Arbeitnehmer, die ihre Arbeitsplätze verloren haben, verlangen von den kampf führenden Verbänden des Drittbetriebes Schadensersatz. 248)

248) Dazu Schlüter in Brox/Rüthers, Rdnr. 404

Da zwischen den Parteien kein Vertragsverhältnis besteht, kann sich ein Schadensersatzanspruch lediglich aus unerlaubter Handlung, insbesondere § 826 ergeben. Die Voraussetzungen des § 826 liegen in der Fallkonstellation jedoch nur dann vor, wenn der Arbeitskampf in dem Drittbetrieb darauf gerichtet ist, das andere Unternehmen mit seinen Arbeitsplätzen zu vernichten. 249) Denn gemäß § 826 ist der mittelbar Geschädigte - hier der bzw. die Arbeitnehmer - nur ersatzberechtigt, sofern das Bewußtsein und der Wille der Schädigung sich auch gegen diesen richten 250) und auch im Verhältnis zwischen Schädiger und ihm die Vermögensverletzung sittenwidrig ist. 251)

Ein Arbeitskampf ist aber in der Regel nicht darauf gerichtet, andere Betriebe zu vernichten. Vielmehr dient der Arbeitskampf dazu, auf den Kampfgegner Druck auszuüben, um ihn zum Abschluß eines Tarifvertrages zu veranlassen oder aber sich gegen diesen Druck zu wehren wie im Falle der Abwehraussperrung. Das gilt auch dann, wenn sich der Arbeitskampf als rechtswidrig herausstellt.

Damit läßt sich im Regelfall kein Anspruch aus § 826 herleiten.

249) Ein Arbeitskampf, der auf die wirtschaftliche Vernichtung des Kampfgegners oder eines Dritten gerichtet ist, verstößt gegen die guten Sitten - RGRK - Steffen, § 826, Rdnr. 127; Erman/Drees, § 826, Rdnr. 55, 56; Palandt/Thomas, § 826, Anm. 8 k; RGZ 104, 27; RGZ 155, 257

250) Palandt/Thomas, § 826, Anm. 4; BGH NJW 1974, 2091; Münch/Komm-Mertens, § 826, Rdnr. 57

251) BGH NJW 1979, 1599; Esser/Weyers, Bd. II, TB 2, S. 173

Ein Anspruch des Arbeitnehmers könnte sich dann nur noch aus § 823 I wegen Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz ergeben. Das setzt allerdings voraus, daß der Arbeitnehmer durch das Recht am Arbeitsplatz gegen solche Eingriffe geschützt werden soll, die nicht darauf abzielen, seinen Arbeitsplatz zu beeinträchtigen, sondern lediglich als Nebenfolge eines auf ein anderes Ziel gerichteten Verhaltens des Dritten auftreten. Würde man dem Arbeitnehmer für jede, sei es noch so mittelbare Beeinträchtigung des Rechts am Arbeitsplatz einen Schadensersatzanspruch gewähren, hätte das eine uferlose Haftung zur Folge. Denn jeder Arbeitnehmer, der auf Grund einer entfernten Ursache seinen Arbeitsplatz verloren hat, könnte dann von dem letztlich den Schaden auslösenden Dritten Schadensersatz verlangen. Konsequenterweise dürfte dieser erweiterte Vermögensschutz nicht auf die Arbeitnehmer beschränkt bleiben.²⁵²⁾ Mit gleichem Recht könnte jeder andere, der durch einen Streik bzw. eine Aussperrung einen Schaden erlitten hat, diesen ersetzt verlangen. So ist z.B. denkbar, daß das in der Nachbarschaft gelegene Restaurant Verluste erleidet, weil die in dem bestreikten Unternehmen Beschäftigten wegbleiben, daß die Abnehmer und Lieferanten nicht produzieren bzw. nicht verkaufen können und dadurch geschädigt werden, daß dem Elektrizitätswerk die Möglichkeit genommen wird, aus der Lieferung von Strom Gewinne zu erzielen, wenn der Betrieb durch einen Arbeitskampf stillgelegt ist etc.²⁵³⁾

252) Marschall v. Bieberstein, FS v. Caemmerer, S. 422; ders. Reflexschäden und Regreßverbote, S. 125; H.C. Ficker, FS für G. Ficker, S. 170

253) H.C. Ficker in FS für G. Ficker, S. 170 mit weiteren Beispielen

Ein Arbeitskampf würde angesichts der unübersehbaren Haftungsfolgen für die kämpfenden Verbände zu einem untragbaren Risiko. Denn wie weitreichende Schäden durch einen Arbeitskampf verursacht werden, läßt sich nicht genau vorhersehen. Demzufolge könnten es weder Arbeitgeberverband noch Gewerkschaft wagen, zu einem Arbeitskampf aufzurufen.

Ein solches Haftungsrisiko sollte durch das System des BGB gerade verhindert werden. So konnte sich der Gesetzgeber des BGB nicht dazu entschließen, eine deliktische Generalklausel in das BGB aufzunehmen, wonach jeder verpflichtet gewesen wäre, den einem anderen widerrechtlich und schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) zugefügten Schaden zu ersetzen. ²⁵⁴⁾ Statt dessen hat der Gesetzgeber versucht, das haftungsbegründende Unrecht in bestimmten Tatbeständen näher zu umschreiben. Damit wollte man dem Richter klare Richtlinien an die Hand geben und einer uferlosen Ausdehnung der Deliktshaftung vorbeugen. ²⁵⁵⁾

Lediglich die Generalklausel des § 826, bei der die Haftung aber auf vorsätzliches sittenwidriges Verhalten beschränkt ist, hielt man für unvermeidbar, da eine rein kasuistische Regelung wiederum zu eng erschien. ²⁵⁶⁾

Allerdings hat sich das System des BGB mit seinen vertypen Unrechtstatbeständen im Laufe der Zeit als unzulänglich erwiesen, da es empfindliche Lücken gelassen hat.

254) Mugdan Mat., Bd. II, S. 404 f.; zur Entscheidung, die das Gesetz dann getroffen hat - Mugdan Mat., Bd. II, S. 1267; vergl. v. Caemmerer, S. 65; Fraenkel, S. 237 ff.

255) vergl. dazu v. Caemmerer, S. 65 ff.; Larenz, SchuldR BT, Bd. II, S. 591

256) siehe dazu Kötz, S. 90

Die Rechtsprechung hat diese Lücken durch Herausarbeitung der sogenannten Verkehrssicherungspflichten, durch die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geschlossen. Damit hat sie im Grunde drei Generalklauseln geschaffen, die das System des BGB sprengen. ²⁵⁷⁾ Durch die Anerkennung dieser Generalklauseln bezweckte die Rechtsprechung aber nicht, für jede noch so entfernte und geringfügige Beeinträchtigung einen Schadensersatzanspruch zu gewähren. Damit stand sie dann gleich wieder vor der Aufgabe, die zum Schadensersatz verpflichtenden rechtswidrigen Handlungen einzuschränken, um eine uferlose Haftung zu verhindern. So hat die Rechtsprechung im Falle des dem Recht am Arbeitsplatz vergleichbaren Rechts am Gewerbebetrieb eine tatbestandsmäßige Beschränkung durch das Erfordernis eines betriebsbezogenen Eingriffs zu erreichen versucht (s. dazu oben S. 25). Ob ein Eingriff betriebsbezogen ist, bestimmt sich vor allem nach seiner Angriffsrichtung. Seltener wird auf die konkreten Auswirkungen abgestellt, die das Handeln für den Gewerbebetrieb hat. ²⁵⁸⁾ Um auch bei Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I nicht zu einer uferlosen Haftung zu gelangen, müßte man die Eingrenzung gleichermaßen vornehmen und dementsprechend einen " arbeitsplatzbezogenen " Eingriff verlangen. ²⁵⁹⁾

257) Larenz, SchuldR BT, Bd. II, S. 632; von Caemmerer, S. 69; Kötz, S. 51

258) Bei unberechtigten Schutzrechtsverwarnungen argumentiert die Rechtsprechung allerdings allein mit einschneidenden Wirkung für den Gewerbebetrieb, die über die bei einem Nichtproduzenten im allgemeinen eintretenden Folgen wesentlich hinausgehe - so z.B. BGHZ 38, 204

259) vergl. Münch/Komm-Mertens, § 823, Rdnr. 519; Schlüter in Brox/Rüthers, Rdnr. 404

Tatbestandsmäßig und rechtswidrig wären dann nur die Eingriffe, die gerade darauf gerichtet sind, Arbeitsplätze zu beeinträchtigen. Insoweit erübrigt sich aber die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz, da solche Schäden bereits über § 826 erfaßt werden können. ²⁶⁰⁾ Ist der Verlust des Arbeitsplatzes somit lediglich die Nebenfolge eines auf ein anderes Ziel gerichteten Verhaltens, kann auch unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffs in das Recht am Arbeitsplatz kein Schadensersatz verlangt werden.

Daß insoweit die Handlungsfreiheit der arbeitskampf führenden Verbände Vorrang vor dem Vermögensschutz der Arbeitnehmer haben muß, ergibt sich ferner aus den Aufgaben, die sie als Tarifpartner zu erfüllen haben. Indem die Verbände an einem rechtmäßigen Arbeitskampf teilnehmen, tragen sie dazu bei, im Rahmen der Tarifautonomie die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gestalten. Müßten die Verbände aber für sämtliche, durch einen Arbeitskampf zwangsläufig entstehenden Folgeschäden haften, würde das Funktionieren der Tarifautonomie selbst in Frage gestellt. ²⁶¹⁾ Denn auf Grund des unübersehbaren Haftungsrisikos für Folgeschäden könnten die Verbände nicht mehr ohne weiteres zum Arbeitskampf aufrufen, auch wenn das zur Durchsetzung tariflicher Regelungen erforderlich wäre. Es wäre letztlich nicht mehr gewährleistet, daß die Ergebnisse der Tarifverhandlung für beide Seiten weitgehend ausgewogen sind. Ist das aber nicht mehr der Fall, ist das System, die Arbeitsbedingungen ohne staatlichen Einfluß allein durch die Tarifpartner frei regeln zu lassen, nicht mehr funktionsfähig. Auch aus diesem Gesichtspunkt ergibt sich also, daß die kämpfenden Verbände

260) S. oben S. 132 f.

261) Vergl. Schlüter in Brox/Rüthers, Rdnr. 384, 401

nicht wegen Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz für Folgeschäden in Drittbetrieben haften sollen. Das gilt nicht nur, wenn der Streik in dem Drittbetrieb rechtmäßig ist, sondern auch im Falle der Rechtswidrigkeit. Denn die Abgrenzung eines rechtmäßigen von einem rechtswidrigen Streik ist oft sehr schwierig, da die Grundsätze über die Rechtmäßigkeit weitgehend auf Richterrecht beruhen.

Müßte die Gewerkschaft im Falle der Rechtswidrigkeit des Streiks befürchten, für alle nur mittelbar verursachten Schäden aufkommen zu müssen, könnte sie praktisch nicht das Risiko eingehen, z.B. für eine neue tarifliche Regelung zu streiken.

Selbst wenn man das Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht anerkennt, würde also der Schutz des Arbeitnehmers nicht verbessert. Demzufolge ist die Anerkennung in diesem Fall nicht notwendig.

- 2) Die Begrenzung der Haftung auf Eingriffe, die auf die Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz abzielen, gilt nicht nur im Falle eines Streiks im Drittbetrieb, sondern für alle Eingriffe Dritter in ein Unternehmen, die zum Verlust von Arbeitsplätzen führen. So ist z.B. denkbar, daß ein Beschäftigungsbetrieb durch einen anderen Wettbewerber in den Konkurs getrieben wird und die Arbeitnehmer auf Grund dessen ihren Arbeitsplatz verlieren ²⁶²⁾, daß der Boykott eines Unternehmens oder die massive Verbreitung gewerbeschädigender Werturteile zum Verlust von Arbeitsplätzen führen. ²⁶³⁾ **Zielt die Maßnahme darauf ab, den Betrieb mit seinen Arbeitsplätzen zu vernichten, können die Arbeitnehmer**

²⁶²⁾ Wiedemann, RdA 1961, 4; Herschel RdA 1960, 123; Esser/Weyers, SchuldR BT, Bd. II 2, S. 147

²⁶³⁾ Vergl. die Fallgruppen zum Recht am Gewerbebetrieb- Münch/Komm-Mertens, § 823, Rdnr. 495 ff.; Buchner, S. 135 ff.

den ihnen durch den Arbeitsplatzverlust entstandenen Schaden gemäß § 826 ersetzt verlangen. ²⁶⁴⁾

Ist der Arbeitsplatzverlust dagegen nur die mittelbare Nebenfolge eines Eingriffs in ein Unternehmen, ohne daß jedoch dessen Vernichtung beabsichtigt war, ist der Arbeitnehmer nicht geschützt. Auch die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz würde dem Arbeitnehmer nicht weiterhelfen, da ein solcher Eingriff nicht " arbeitsplatzbezogen " wäre.

C. Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz durch den Betriebsrat

Dem Betriebsrat sind durch das BetrVG 1972 eine Vielzahl von Rechten und Pflichten eingeräumt worden, bei deren Wahrnehmung er erheblichen Einfluß auf die Ausgestaltung des Arbeitsplatzes hat. Verhält sich der Betriebsrat bei Erfüllung seiner Aufgaben pflichtwidrig, kann sich das zum Schaden der Arbeitnehmer auswirken. Der Betriebsrat handelt pflichtwidrig, wenn er seinen Ermessensspielraum offensichtlich überschreitet und damit seine Entscheidung nicht mehr nachvollziehbar ist. ²⁶⁵⁾ Da das BetrVG selbst keine Haftungs-
vorschriften enthält ²⁶⁶⁾, könnte sich zum Schutze der Arbeitnehmer vor pflichtwidrigem Verhalten des Betriebsrats, das sich zu ihrem Schaden auswirkt, ein Bedürfnis ergeben, das Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht anzuerkennen.

264) S. oben S. 132 f.

265) Nolting, Diss., S. 165; Gester, AuR 1959, 330 f; Reiß, Diss., S. 97; Junker, Diss., S. 52; Wiese in GK-BetrVG, § 87, Rdnr. 27; Kraft in GK-BetrVG, § 102, Rdnr. 22

266) Das BetrVG eröffnet neben den Strafbestimmungen, §§ 119 ff, nur die Möglichkeit, den Betriebsrat bei pflichtwidrigem Verhalten seines Amtes zu entheben, § 23

Zu den wichtigsten Beteiligungsrechten des Betriebsrats gehört die Mitbestimmung bzw. Mitwirkung in sozialen (§ 87 BetrVG), personellen (insbesondere §§ 99, 102) und wirtschaftlichen Angelegenheiten (§§ 106 ff, 111 ff). Die Rechte des Betriebsrats sind dabei von unterschiedlicher Intensität. Zu den Pflichten des Betriebsrats zählen die in § 80 BetrVG aufgezählten allgemeinen Aufgaben sowie weiter genau konkretisierte Pflichten (§ 74 II - Verbot parteipolitischer Betätigung, Verbot von Arbeitskämpfen, § 79 - Geheimhaltungspflicht, etc.)

Insbesondere durch mißbräuchliche Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte bei von dem Arbeitgeber geplanten personellen Einzelmaßnahmen könnte ein Eingriff in das Recht am Arbeitsplatz des betroffenen Arbeitnehmers in Betracht kommen. Denn die mitbestimmungspflichtigen personellen Einzelmaßnahmen betreffen die wichtigsten Elemente des Arbeitsverhältnisses. 267)

So hat der Betriebsrat z.B. ein Anhörungs- und Widerspruchsrecht bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses; eine Versetzung kann nicht ohne die Zustimmung des Betriebsrats wirksam vorgenommen werden. Unter den Voraussetzungen des § 104 BetrVG kann der Betriebsrat sogar die Entlassung eines Arbeitnehmers verlangen. Nur bei personellen Einzelmaßnahmen hat der Betriebsrat überhaupt über konkrete Angelegenheiten einzelner Arbeitnehmer mitzuentcheiden. Auch in diesem Bereich hat er aber seine Entscheidungen an dem Interesse der Gesamtheit der Belegschaft zu orientieren.

Bei der Mitbestimmung in sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten ist schon sehr zweifelhaft, ob der Schutzbereich des Rechts am Arbeitsplatz durch pflichtwidriges Verhalten des Betriebsrats tangiert werden kann.

267) Junker, Diss., S. 110; Nolting, Diss., S. 95

Die Mitbestimmung in diesen Angelegenheiten bezieht sich nämlich zum großen Teil auf organisatorische Maßnahmen, die den Arbeitsablauf im weitesten Sinne regeln sollen, nicht aber auf die arbeitsvertraglichen Bindungen in ihren wichtigsten Elementen wie z.B. Beginn und Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Eine Untersuchung, ob und wann in diesen Bereichen eine Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz möglich ist, erübrigt sich, wenn schon bei der Mitbestimmung in personellen Einzelmaßnahmen die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz nicht in Betracht kommt.

- I. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen erstreckt sich gemäß § 99 BetrVG auf jede Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung, gemäß §§ 102 ff. BetrVG auf Kündigungen. Für jede dieser mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen ist zunächst festzustellen, inwieweit ein Eingriff in ein Recht am Arbeitsplatz vorliegen kann.
- 1) Der Schutz des Rechts am Arbeitsplatz setzt erst dort ein, wo es um die Beeinträchtigung eines bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses geht.²⁶⁸⁾ Verweigert der Betriebsrat pflichtwidrig die Zustimmung zur Einstellung eines Arbeitnehmers, kann das Recht am Arbeitsplatz aus diesem Grunde nicht tangiert sein.

Eine Eingruppierung i.S. des § 99 BetrVG stellt die Einstufung in die tarifliche oder betriebsübliche Lohngruppe dar und ist regelmäßig mit der Einstellung verbunden.²⁶⁹⁾

268) S. oben S. 80 ff.; Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 996, FN 26; Fabricius, AcP 160, 307, 309; Katz, RdA 1956, 169; Herschel, RdA 1960, 123

269) Söllner, S. 162; Schaub, S. 1384; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99, Rdnr. 22

Da bei der Eingruppierung in der Regel schon ein gültiger Arbeitsvertrag besteht, kann der Betriebsrat durch seine Mitbestimmung den Schutzbereich des Rechts am Arbeitsplatz beeinträchtigen. Das gilt auch für die Umgruppierung, unter der jede Änderung der tariflichen Stellung des Arbeitnehmers zu verstehen ist, also sowohl die Höher- als auch die Herabstufung. ²⁷⁰⁾ Eine Versetzung bedeutet nach der Legaldefinition des § 99 III BetrVG die Zuweisung eines anderen Tätigkeitsbereichs, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet oder die mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Da mit der Versetzung die Änderung des Tätigkeitsbereichs verbunden ist, kann auch dadurch das Recht am Arbeitsplatz betroffen sein.

Daß die Kündigung als Auflösungsgrund eines Arbeitsverhältnisses vom Recht am Arbeitsplatz erfaßt wird, bedarf keiner weiteren Erörterung. ²⁷¹⁾

Im Rahmen der personellen Einzelmaßnahmen würde sich der Schutzbereich des Rechts am Arbeitsplatz also auf die Ein- und Umgruppierung, die Versetzung und die Kündigung erstrecken.

- 2) Als Eingriffshandlungen des Betriebsrats in das Recht am Arbeitsplatz sind bei Ein- und Umgruppierung sowie der Versetzung folgende Möglichkeiten denkbar: der Betriebsrat verweigert gemäß § 99 II Nr. 4 die Zustimmung nicht, obwohl die Besorgnis besteht, daß durch eine Maßnahme ein Arbeitnehmer benachteiligt wird, ohne daß dies aus einem in seiner Person liegenden Grund gerechtfertigt ist.

270) Söllner, S. 162; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99, Rdnr. 27; BAG BB 1962, 920

271) S. oben S. 37 ff.; § 823 I kam im Verhältnis zum Arbeitgeber wegen der spezielleren Regelung des KSchG aber nicht zur Anwendung.

Der Betriebsrat widerspricht einer Maßnahme aus unsachlichen Gründen, so daß die Maßnahme, die den Arbeitnehmer begünstigt hätte, unterbleibt. Die Gründe können unsachgemäß sein, weil sie den Tatsachen nicht entsprechen (der Betriebsrat widerspricht z.B. einer Versetzung unter Bezugnahme auf § 99 Nr. 6 BetrVG, obwohl keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Arbeitnehmer den Betriebsfrieden stören könnte) oder aber es sich um Gründe außerhalb des Katalogs des § 99 II BetrVG handelt. Der Betriebsrat widerspricht gemäß § 99 II Nr. 3 BetrVG nicht, obwohl die Besorgnis besteht, daß durch die Maßnahme im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden.

Bei der Mitwirkung des Betriebsrats im Falle von Kündigungen sind als Verletzungshandlungen denkbar, daß der Betriebsrat einen Arbeitnehmer nicht anhört, obwohl der Sachverhalt nicht völlig geklärt ist, daß der vom Betriebsrat beschlossene Widerspruch von einem einzelnen Betriebsratsmitglied durch schuldhaftes Zögern dem Arbeitgeber erst nach Ablauf der in § 102 II normierten Wochenfrist zugeleitet wird, so daß die Fiktionswirkung des § 102 II eintritt oder aber der Betriebsrat der Kündigung nicht widerspricht, obwohl einer der Gründe des § 102 III vorliegt. ²⁷²⁾

Schließlich könnte der Betriebsrat das Recht am Arbeitsplatz dadurch verletzen, daß er gemäß § 104 BetrVG die Entlassung eines Arbeitnehmers verlangt, obwohl die in § 104 genannten Voraussetzungen gar nicht vorliegen.

272) Bobrowski/Gaul, Bd. II, S. 560; Nolting, S. 98;
Gramm, AR-Blattei, D Betriebsverf. VII, B III 2 c aa;
Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 1107

- II. Bevor auf die Haftungsgrundlagen im einzelnen eingegangen werden kann, muß noch geklärt werden, wer den Arbeitnehmern als Schuldner für pflichtwidrig vom Betriebsrat verursachte Schäden **in Betracht kommt**. Da der Betriebsrat als solcher keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt und daher mit Ausnahme seiner Beteiligungsfähigkeit im Beschlußverfahren nach § 10 ArbGG nicht rechtsfähig und nicht vermögensfähig ist, haftet er als solcher weder aus Rechtsgeschäft noch aus unerlaubter Handlung für Schäden, die durch seine Beschlüsse, Handlungen oder Erklärungen entstehen. ²⁷³⁾ Für Handlungen des Betriebsrats haften auch nicht der Betrieb als solcher oder die Belegschaft, grundsätzlich auch nicht der Arbeitgeber oder die Arbeitnehmer. ²⁷⁴⁾ Damit bleiben als Schuldner nur die einzelnen Betriebsratsmitglieder.
- III. Ein Anspruch auf Schadensersatz gegen die einzelnen Betriebsratsmitglieder wegen Verletzung des Arbeitsvertrages scheidet von vorneherein aus, da Betriebsrat und Arbeitnehmer nicht in Vertragsbeziehungen stehen. Zwischen Betriebsratsmitgliedern und Arbeitnehmern könnte aber ein haftungsbegründendes Rechtsverhältnis bestehen, dessen schuldhaftige Verletzung die betreffenden Betriebsratsmitglieder entsprechend der Haftung für positiver Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig macht.

273) Dietz/Richardi, Vorb. § 26, Rdnr. 8 ff; Kraft in GK-BetrVG, § 1, Rdnr. 51; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 1, Rdnr. 37; Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 1103; Nikisch, Bd. III, S. 172; Galperin/Löwisch, Vorb. § 1, Rdnr. 96; Kammann/Hess/Schlochauer, Vorb. § 1, Rdnr. 35

274) Dietz/Richardi, Vorb. § 26, Rdnr. 18 f; Weiss, RdA 1974, 270; Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 1103 f.; Gramm, AR-Blattei, D. Betriebsverf. VII, BI; Nolting, Diss., S. 62 ff.; Junker, Diss., S. 38 ff., 42 ff., 46 ff.; Kammann/Hess/Schlochauer, Vorb. § 1, Rdnr. 36

Sowohl im Verhältnis zum Arbeitgeber als auch im Verhältnis zu den Arbeitnehmern des Betriebes wird ein solches Verhältnis auf verschiedenste Weisen zu begründen versucht. 275)

So spricht etwa Neumann-Duesberg 276) von einem gesetzlichen " Sozialrechtsverhältnis ". Dieses Verhältnis sei rechtlich ähnlich wie die Beziehung zwischen Vormund und Mündel, ohne daß jedoch die einzelnen Mitglieder des Betriebsrats die Belegschaft bevormunden würden. Wie das Vormundschaftsrecht dem Vormund, so erlege das BetrVG dem Betriebsrat bestimmte " Amtspflichten " auf. Da § 1833 und ähnliche Vorschriften (§ 2219, § 82 KO, § 42 VerglO) gesetzliche geregelte Fälle der positiven Vertragsverletzung seien 277) , sollten die Betriebsratsmitglieder analog den Grundsätzen zur positiven Vertragsverletzung haften. 278)

275) S. Neumann-Duesberg, LB, S. 340 f.; ders. NJW 1954, 617 ff.; Galperin/Siebert (3. Auflage), vor § 21 Rdnr. 29 a, Schnorr von Carolsfeld, LB, S. 419; Preuß, Diss., S. 54 ff.; Hafner, Diss., S. 76 ff.; Krause, BB 1951, 678 ff.; Nolting Diss., S. 136 ff.

276) Neumann-Duesberg, NJW 1954, 618; ders., BB 1957, 718; ders. LB, S. 338 ff.

277) Neumann-Duesberg, NJW 1954, 620

278) S. auch Hafner, Diss., S. 88 ff., der aus der Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit, § 2 BetrVG, ein gesetzliches Sozialrechtsverhältnis wie Neumann-Duesberg ableitet. Kritisch dazu Weiss, RdA 1974, 273, der darauf hinweist, daß das Kriterium der " vertrauensvollen Zusammenarbeit " nicht dazu geeignet ist, eine Haftung des Betriebsrats zu begründen, da ansonsten die Grenzen einer eventuellen Haftung unüberschaubar werden.

Gegen das von Neumann-Duesberg entwickelte " gesetzliche Sozialrechtsverhältnis " ist zunächst einzuwenden, daß es im Gesetz keine Grundlage findet. 279)

Die Tatsache, daß das BetrVG überhaupt keine Haftungsregelung enthält, deutet darauf hin, daß ein besonderes haftungsrechtliches Pflichtenverhältnis auf der Grundlage des Sozialrechts vom Gesetzgeber gerade nicht gewollt ist. 280)

Soweit die gesetzlichen Verwalter besonders für ihr Verhalten einstehen müssen, beruht das auf Normen, die für jedes Amt geschaffen worden sind. 281)

Zudem ist § 1833 ein spezifisch familienrechtlicher Tatbestand mit dem Zweck, der besonderen Schutzbedürftigkeit des geschädigten Mündels durch diese Privilegierung Rechnung zu tragen. 282)

Ähnlich abhängig und ähnlich schutzlos wie das Mündel sind weder die Arbeitnehmer noch bzw. erst recht nicht die Arbeitgeber im Verhältnis zum Betriebsrat.

Weiterhin hat der Betriebsrat sowohl die Interessen der Arbeitnehmer als auch die des Betriebes wahrzunehmen, während der Vormund nur auf die Interessen des Mündels bedacht sein muß. 283)

Schließlich ist im Rahmen der positiven Vertragsverletzung eine Gleichstellung von Schuldverhältnis und gesetzlichem Sozialrechtsverhältnis nicht gerechtfertigt. 284)

279) Dietz/Richardi, Vorb. § 26, Rdnr. 13

280) Junker, Diss., S. 104

281) Gester, AuR 1959, 331; Junker, Diss., S. 103 f.; Reif, Diss., S. 77

282) Weiss, RdA 1974, 273; Gester, AuR 1959, 331

283) Nolting, Diss., S. 126; Hafner, Diss., S. 76 f.; Junker, Diss., S. 72 f.

284) Reif, Diss., S. 84

Eine Analogie zu § 1833 ist damit nicht haltbar. Preuß²⁸⁵⁾ kommt zu einer außerdeltischen Haftung der Betriebsratsmitglieder, indem er zwischen den Betriebsratsmitgliedern und den einzelnen Arbeitnehmern ein gesetzliches, treuhandartiges Schuldverhältnis konstruiert, das eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben soll.²⁸⁶⁾ Über eine Gesamtanalogie zu den §§ 1833, 1915, 2219, 82 KO, 154 ZVG und 42 VerglO gelangt er zu dem Schluß, daß jedes Betriebsratsmitglied für eine Verletzung dieses treuhandartigen Rechtsverhältnisses hafte.²⁸⁷⁾ Gegen die Ausführungen Preuß's lassen sich zunächst alle die Argumente vorbringen, die schon gegen eine Analogie zu den speziellen Haftungs Vorschriften der privatrechtlichen gesetzlichen Verwalter im Rahmen des Modells Neumann-Duesbergs vorgebracht wurden. Darüberhinaus sind die Betriebsratsmitglieder gegenüber den Arbeitnehmern nicht weisungsgebunden, wie es für ein Geschäftsbesorgungsverhältnis charakteristisch ist. Im übrigen ist zweifelhaft, ob bei der Beziehung von Arbeitnehmern zum Betriebsrat von einem Schuldverhältnis gesprochen werden kann.

Schließlich soll noch die Theorie der doppelten Organshaft, die von Krause²⁸⁸⁾ entwickelt worden ist, erwähnt werden. Krause meint, der Betriebsrat sei sowohl Organ des Unternehmens als auch der Belegschaft. Auf Grund dieser Organstellung sei er den Arbeitnehmern zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er ihnen gegenüber bestehende Pflichten verletze.

285) Preuß, Diss., S. 47 ff.

286) Preuß, Diss., S. 54 ff., insbesondere S. 72

287) Preuß, Diss., S. 74

288) Krause, BB 1951, 678 ff.; vergl. auch Schnorr von Carolsfeld, S. 419 und Galperin/Siebert (3. Auflage), vor § 21, Rdnr. 29 a

Zwar erwähnt Krause eine Haftung gegenüber den Belegschaftsmitgliedern nicht ausdrücklich. Da er jedoch von doppelter Organschaft spricht, ist damit wohl auch die Beziehung des Betriebsrats zu den Arbeitnehmern gemeint. Es erscheint jedoch sehr zweifelhaft, ob eine Organstellung des Betriebsrats im Verhältnis zur Belegschaft begründet werden kann. 289)

Ein Organschaftsverhältnis läge dann vor, wenn der Arbeitnehmerschaft die Stellung eines Verbandes zukäme, der das Verhalten des Organs Betriebsrats zuzurechnen wäre. Der Betriebsrat müßte von dem Willen der Belegschaft abhängig und damit ihr gegenüber weisungsgebunden sein. An einem solchen Abhängigkeitsverhältnis fehlt es aber zwischen Belegschaft und Betriebsrat. 290)

Die Belegschaft ist auch nicht befugt, sich mit einer für einen Verband typischen Satzung Verhaltensrichtlinien aufzugeben. 291)

Aber selbst wenn man den Betriebsrat für ein Organ der Arbeitnehmerschaft halten wollte, ergeben sich Bedenken dagegen, die Haftung der Betriebsratsmitglieder gegenüber einzelnen Arbeitnehmern aus der Organstellung abzuleiten.

289) Daß der Betriebsrat offensichtlich nicht Organ des Arbeitgebers sein kann, ergibt sich aus seiner Stellung als Interessenvertreter der Arbeitnehmerschaft; s. auch Weiss, RdA 1974, 273

290) Gramm, AR-Blattei, D, Betriebsverf. VII, A IV 2; vergl. Reiß, Diss., S. 46 f.

291) Gramm, AR-Blattei, D, Betriebsverf. VII, A IV 2; Neumann-Duesberg, LB., S. 197

Denn zum einen können die Aufgaben und Interessen der Arbeitnehmerschaft als Kollektiv, die der Betriebsrat wahrzunehmen hat, nicht mit den Interessen der einzelnen Arbeitnehmer gleichgesetzt werden. Zum anderen ist es nicht ersichtlich, wie allein auf Grund einer Organstellung des Betriebsrats gegenüber der Arbeitnehmerschaft, ohne daß es eine besondere gesetzliche Vorschrift gibt, eine außerdeltische Haftung der Betriebsratsmitglieder begründet werden könnte.

So sah sich auch Galperin ²⁹²⁾, der von einer Organstellung des Betriebsrats ausgeht, unter Hinweis auf die Begründung Neumann-Duesbergs veranlaßt, ein "gesetzliches Schuldverhältnis" zu begründen.

Unabhängig davon, ob der Betriebsrat als Organ, Partei kraft Amtes, als gesetzlicher Vertreter oder schlicht als Repräsentant der Belegschaft anzusehen ist, scheitern alle oben dargestellten Lösungsmodelle schon daran, daß im Gesetz keine Grundlage vorhanden ist, die eine Haftung entsprechend den Grundsätzen zu positiven Vertragsverletzung rechtfertigen würde. Eine Analogie zu anderen gesetzlichen Vorschriften - insbesondere den Vorschriften zur Haftung von Amtswaltern - ist nicht gelungen, da es insoweit an einem parallelen Sachverhalt mangelt. Bei den meisten Lösungsmodellen bildet so auch die Bestimmung der Rechtsnatur

292) Galperin/Siebert (3. Auflage), vor § 21, Rdnr. 29 a

des Verhältnisses zwischen Arbeitnehmern und Betriebsrat den Ansatz für massive Kritik.²⁹³⁾

Ferner bestehen gegen die Begründung eines gesetzlichen Sozialrechtsverhältnisses insofern grundsätzliche Bedenken als dadurch die Haftung der Betriebsratsmitglieder über den Bereich deliktischer Haftung hinaus erweitert würde.²⁹⁴⁾ Die Betriebsratsmitglieder wären schon bei jedem leicht fahrlässigen Fehlverhalten zum Schadensersatz verpflichtet. Ob eine so umfassende Haftung mit der Amtsausübung eines Betriebsrats vereinbar ist, erscheint fraglich. Denn mit der durch das BetrVG 1972 erfolgten quantitativen und qualitativen Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats ist die Gefahr von Fehlentscheidungen gewachsen. Dadurch hat sich das persönliche Haftungsrisiko der Betriebsratsmitglieder bedeutend vergrößert. An dieser Stelle muß auch die Haftung gegenüber dem Arbeitgeber mit in die Betrachtung einbezogen werden.

293) Vergl. Nolting, Diss., Kritik am Neumann-Duesberg'schen Vergleich mit dem Vormund-Mündel-Verhältnis, S. 123 ff., an dem vertragsähnlichen Rechtsverhältnis aus der Organstellung des Betriebsrats nach Galperin, S. 127 f., an dem Gemeinschaftsverhältnis nach Schnorr von Carolsfeld, S. 129 f., an der Lehre von der Doppelorganschaft von Krause, S. 130 ff. und an dem gesetzlichen Geschäftsbesorgungsverhältnis von Preuß, S. 133 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen.

294) Dietz/Richardi, Vorb. § 26, Rdnr. 13; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 1 Rdnr. 39; Kraft, GK-BetrVG, § 1, Rdnr. 52; Weiß, RdA 1974, 272 f.

Sie folgt den gleichen Regeln wie die Haftung gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer, dürfte aber sowohl summenmäßig als auch im Hinblick auf die Anzahl der potentiell möglichen Schadensfälle einen bedeutenderen Umfang haben. Die Gefahr, für eine bestimmte Haltung in der Beratung und Abstimmung haften zu müssen, wird zwangsläufig Auswirkungen auf die Entscheidung eines Betriebsratsmitglieds haben. Abgesehen von dem möglicherweise positiven Effekt, daß sich einzelne Mitglieder des Betriebsrats verstärkt Gedanken über die rechtliche Zulässigkeit einer Maßnahme machen werden, besteht aber vor allem die große Gefahr, daß die Tätigkeit aus Angst vor finanziellen Einbußen zu sehr gehemmt wird.²⁹⁵⁾ Die Mitglieder des Betriebsrats werden möglicherweise eher einer Entscheidung aus dem Weg gehen, als daß sie riskieren, für eine Fehlentscheidung persönlich haften zu müssen.

Die scheinbar nebensächliche Frage der Haftung könnte damit für die Betriebsratsmitglieder so sehr in den Vordergrund treten, daß Entscheidungen nur noch unter diesem Aspekt getroffen werden. Nehmen die Betriebsratsmitglieder ihr Amt aber nur noch vorsichtig taktierend wahr, anstatt sich mit Energie für die Interessen der Belegschaft oder einzelner Arbeitnehmer einzusetzen, wird die betriebliche Mitbestimmung selbst in Frage gestellt.

295) Fitting/Auffarth/Kaiser, § 1 Rdnr. 39; Weiss, RdA 1974, 272 ff.; Gester, AuR 1959, 331; Brill/Derleder, AuR 1980, 362; Bobrowski/Gaul, O V III, Rdnr. 15; Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 1110; Preuß, Diss., S. 11; Kraft in GK-BetrVG, § 1 Rdnr. 52; Gramm AR-Blattei, D, Betriebsverf. VII, B III 2 a; vergl. Kammann/Hess/Schlochauer, Vorb. § 1, Rdnr. 37

Der Gedanke an die Möglichkeit, schon bei jeder fahrlässigen Schadensverursachung haften zu müssen, könnte sich sogar nicht nur während der Amtsausübung, sondern bereits in deren Vorfeld negativ auswirken.²⁹⁶⁾ So wäre z.B. denkbar, daß das Haftungsrisiko besonnene, vorsichtige und deshalb besonders geeignete Betriebsratsmitglieder schon von einer Kandidatur für den Betriebsrat abhält.

Um die Aktivitäten des Betriebsrats nicht im oben beschriebenen Umfang zu lähmen, wird vielfach sogar erwogen, den bestehenden Umfang der Haftung der Betriebsratsmitglieder auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu beschränken.²⁹⁷⁾ Jedenfalls ist es im Interesse einer persönlich möglichst unabhängigen Stellung der Inhaber eines Betriebsratsamtes nicht gerechtfertigt, die Haftung des Betriebsrats weiter auszuweiten. Das wird aber durch die Begründung eines gesetzlichen Sozialrechtsverhältnisses beabsichtigt. Auch aus diesem Grunde kann den oben dargestellten Lösungsmodellen nicht gefolgt werden.

Da ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung eines gesetzlichen Schuld- bzw. Sozialrechtsverhältnisses nach den Grundsätzen zur positiven Vertragsverletzung somit nicht in Betracht kommt, bleiben als mögliche Anspruchsgrundlagen nur die §§ 823 ff. übrig.

296) Weiss, RdA 1974, 278

297) Zum Teil wird erwogen, die Grundsätze über eine Haftungserleichterung wie sie bei Gefälligkeitsverhältnissen gelten heranzuziehen, so Bobrowski-Gaul, S. 561; Ferner wird erörtert, ob die Grundsätze zur gefahrengeneigten Arbeit anwendbar sind, Frey, AuR 1956, 269; Weiter ist überlegt worden, die Haftung wie bei Mitgliedern des Rats einer Gemeinde zu beschränken, Weiss RdA 1974, 278 f.

IV. Eine Haftung der Betriebsratsmitglieder gegenüber den Arbeitnehmern aus § 826 kommt vor allem unter dem Gesichtspunkt des Macht- und Amtsmissbrauchs in Betracht.²⁹⁸⁾ Der Betriebsrat mißbraucht etwa seine Befugnisse, wenn er durch Vorlage bewußt unrichtiger Unterlagen oder durch entstellende Unterrichtung des Arbeitgebers diesen dazu veranlaßt, einen Arbeitnehmer zu entlassen oder der Betriebsrat auf solche Weise einen Beschluß des Arbeitsgerichts erwirkt, daß sein Entlassungsverlangen gerechtfertigt ist.

Der Tatbestand des § 826 ist aber nur dann erfüllt, wenn der Betriebsrat durch seine pflichtwidrige Mitbestimmung den Arbeitnehmern auch adäquat kausal einen Schaden zugefügt hat. Das ist insofern zweifelhaft, als der Betriebsrat nie ohne Mitwirkung des Arbeitgebers, des Arbeitsgerichts oder der Einigungsstelle handeln kann.²⁹⁹⁾ Die zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber getroffenen Beschlüsse führt der Arbeitgeber aus, bei Streitigkeiten entscheidet das Arbeitsgericht oder die Einigungsstelle. Bestätigt etwa das Arbeitsgericht die Entscheidung des Betriebsrats fälschlicherweise, könnte der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Betriebsrats und dem Eintritt des Schadens unterbrochen sein.

Beruhet ein Schaden auf dem Handeln eines Dritten - hier des Arbeitgebers, des Arbeitsgerichts oder der Einigungsstelle - ist der Schaden dem Erstverursacher trotzdem zurechenbar, wenn die Aktivitäten des Dritten durch das Erstereignis - Verhalten des Betriebsrats - herausgefordert worden sind, d.h. eine verständliche Re-

298) Erman/Drees, § 826, Rdnr. 56; Junker, Diss., S. 97; Nolting, Diss., S. 111; Reiß, Diss., S. 101; Brill/Derleder, AuR 1980, 359

299) Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 1107; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 1, Rdnr. 37; Gramm, AR-Blattei, D, Betriebsverf. VII, B III 2 c aa; Neumann-Duesberg, LB, S. 334 ff.; Brill/Derleder, AuR 1980, 363; Junker, Diss., S. 55; Nolting, Diss., S. 156; Reiß, Diss., S. 97; Weiss, RdA 1974, 270

aktion darauf darstellen. Beruht das Eingreifen des Dritten dagegen auf einem neuen eigenständigen Beschluß, überwiegt regelmäßig die Verantwortung des Zweitverursachers die des Ersten. ³⁰⁰⁾ Versucht der Betriebsrat eine Entscheidung durch Vorlage bewußt unrichtiger Unterlagen oder durch bewußt verfälschte Informationen zuungunsten der Arbeitnehmer zu erwirken, ist das Verhalten des Arbeitgebers, der Einigungsstelle oder des Arbeitsgerichts durch den Betriebsrat "herausgefordert". ³⁰¹⁾ Von einer neuen eigenständigen Reaktion kann nicht die Rede sein. ³⁰²⁾

Weiterhin ist der Tatbestand des § 826 erfüllt, wenn der Betriebsrat einen Arbeitnehmer bei personellen Einzelmaßnahmen aus rassistischen oder politischen Gründen benachteiligt. Gleiches gilt, wenn der Betriebsrat die Verdrängung nicht - oder anders organisierter

300) Larenz, SchuldR AT, S. 416 ff.; Fikentscher, S. 271; Medicus, Rdnr. 653; Staudinger/Werner, Vorb. § 249, Rdnr. 44, 45; Erman/Sirp, § 249, Rdnr. 30 - 32; Soergel/Siebert/Schmidt, § 249 - 253, Rdnr. 32 - 35; BGHZ 58, 162; 63, 189; Die Formel von der "Herausforderung" ist zwar nur für Folgeschäden und der Zurechnung von Rechtsgutverletzungen entwickelt worden, ist aber allgemein beim Eingreifen Dritter für die Beurteilung der Zurechenbarkeit eines Schadens geeignet.

301) Weiss, RdA 1974, 271; Gester, AuR 1959, 329; Gramm, AR-Blattei, D, Betriebsverf. VII, B III 2 b dd

302) Ist eine Entscheidung des Arbeitgebers, des Arbeitsgerichts oder der Einigungsstelle nicht durch Täuschung erwirkt worden, ist in der Literatur umstritten, ob dem Betriebsrat der Eintritt des Schadens zurechenbar ist.

Dagegen: Gramm, AR-Blattei, D, Betriebsverf. VII, B III 2 b aa; Herschel, RdA 1960, 125; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 1, Rdnr. 39; Weiss, RdA 1974, 271; Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 1108

Dafür: Junker, Diss., S. 60; Nolting, Diss., S. 163; Preuß, Diss., S. 87; Neumann-Duesberg, JR 1955, 205 ff.

Belegschaftsangehöriger durch Streik oder Diskriminierung erzwingen will. 303) Die Schadensersatzpflicht entsteht selbst dann, wenn der Betriebsrat sich ohne weiteres dem Druck der Belegschaft beugt. Denn die betriebliche Arbeitnehmervertretung muß sich wenigstens um Vermittlung bemühen. 304)

§ 826 ist also letztlich immer erfüllt, wenn die Betriebsratsmitglieder durch Täuschung oder sonst grob mißbräuchliche Ausnutzung ihrer ehrenamtlichen Stellung bewußt zum Schaden einzelner Arbeitnehmer handeln, indem sie für diesen nachteilige Maßnahmen durchsetzen.

- V. Hat der Betriebsrat den Arbeitnehmern durch pflichtwidrige Mitbestimmung bei der Kündigung oder im Rahmen des § 99 BetrVG einen Schaden zugefügt, kommt ferner ein Anspruch aus § 823 II i.V. mit dem BetrVG 1972 **in seiner Gesamtheit als Schutzgesetz in Betracht.**

Schutzgesetze sind alle materiellen Rechtsnormen, die ein bestimmtes Verhalten ge- oder verbieten und zumindest auch dem Schutz des einzelnen oder einzelner Personenkreise dienen. Es genügt nicht, wenn nur der Schutz der Allgemeinheit bezweckt ist und der Einzelne nur über eine Art Reflexwirkung miterfaßt wird. 305)

303) S. im einzelnen dazu bei der Druckkündigung, S. 61 ff. Junker, Diss., S. 123; Nolting, Diss., S. 112; Gester, AuR 1959, 331; Herschel, RdA 1960, S. 126;

304) S. oben S. 65

305) BGH NJW 1976, 1740; Palandt/Thomas, § 823, Anm.9 b; Erman/Drees, § 823, Rdnr. 130; Larenz, SchuldR BT Bd. II, S. 619; vergl. Münch/Komm-Mertens, § 823, Rdnr. 140 ff.

Das BetrVG ist seinem Charakter nach ein Zuständigkeits- und Organisationsgesetz, welches im wesentlichen die Aufgaben und die Zusammensetzung der betrieblichen Arbeitnehmervertretung regelt.³⁰⁶⁾ Die durch das BetrVG geschaffenen Beteiligungsrechte dienen vorwiegend der Wahrung kollektiver Interessen der gesamten Belegschaft.³⁰⁷⁾ Sie sind zwar auf Grund ihrer Reflexwirkung auch geeignet, den einzelnen Belegschaftsangehörigen innerhalb des Betriebes zu schützen; dabei handelt es sich aber nur um eine mittelbare Schutzfunktion der Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte, die nicht den Zweck des Gesetzes ausmacht.³⁰⁸⁾ Da das BetrVG in seiner Gesamtheit nicht darauf abzielt, den einzelnen Arbeitnehmer zu schützen, stellt es kein Schutzgesetz i.S. des § 823 II dar. Das besagt jedoch nicht, daß einzelnen Vorschriften des BetrVG kein Schutzgesetzcharakter zukommen kann.

Um den Arbeitnehmern für den vorliegenden Fall - pflichtwidrige Beteiligung des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen - einen Schadensersatzanspruch aus § 823 II gewähren zu können, müßten die §§ 99 und 102 BetrVG Schutzgesetze in diesem Sinne sein.

306) Fitting/Auffarth/Kaiser, § 1, Rdnr. 51; Gramm, AR-Blattei, D, Betriebsverf. VII, B III 2 b cc; Reiß, Diss., S. 102; Gester, AuR 1959, 329; Hueck/Nipperdey, Bd. II 2, S. 1107

307) Gramm, AR-Blattei, D, Betriebsverf. VII, B III 2 c cc; Preuß, Diss., S. 100; Nolting, Diss., S. 102; Reiß, Diss., S. 102

308) Reiß, Diss., S. 102; Nolting, Diss., S. 103; Gramm, AR-Blattei, D, Betriebsverf. VII, B III 2 c bb

Nach der h.M. in der Literatur ³⁰⁹⁾ sind die Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte des Betriebsrats in personellen Einzelmaßnahmen nicht im Interesse der einzelnen Arbeitnehmer geschaffen worden. Vielmehr soll sich der Betriebsrat auch in diesem Bereich an dem Interesse der Gesamtheit der Belegschaft orientieren, das durchaus mit den Interessen des Einzelnen in Widerspruch stehen kann. ³¹⁰⁾ Damit scheidet ein Anspruch aus § 823 II aus. Bei der pflichtwidrigen Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Einzelmaßnahmen sind die Arbeitnehmer nur durch § 826 gegen vorsätzliches Fehlverhalten geschützt. Trifft der Betriebsrat lediglich fahrlässig eine unrichtige Entscheidung, haben die Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Schadensersatz.

309) Gramm, AR-Blattei, D, Betriebsverf. VII, B III 2c aa; Gester, AuR 1959, 330; Neumann-Duesberg, LB, S. 60; Junker, Diss., S. 115; Reiß, Diss., S. 102; vergl. Weiss, RdA 1974, 274

310) Lediglich für § 102 III BetrVG wird von Dietz/Richardi, 5. Auflage, Vorb. § 26 Rdnr. 10 und Nolting, Diss., S. 104 eine Ausnahme gemacht. Das Widerspruchsrecht des Betriebsrats sei ein Pflichtrecht im Interesse des Arbeitnehmers, da von einem ordnungsgemäßen eingelegten Widerspruch die Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers, § 102 V, abhängt. Allerdings würde man in dem Augenblick, in dem man das BetrVG nicht mehr als reines Verfahrensgesetz ansieht und so aus § 823 II ausnimmt, für eine Vielzahl von Vorschriften die Möglichkeit schaffen, je nach Belieben den Charakter eines Schutzgesetzes anzunehmen oder zu versagen. Eindeutige Gesichtspunkte für eine Entscheidung gibt es nämlich nicht. Verg. Weiss, RdA 1974, 274

VI. In diesen Fällen der fahrlässigen Pflichtverletzung ist es aber auch nicht geboten, zum Schutze der Arbeitnehmer das Recht am Arbeitsplatz anzuerkennen. Wie schon im Zusammenhang mit der Begründung eines gesetzlichen Sozialrechtsverhältnisses ³¹¹⁾ erläutert wurde, bestünde bei der Ausdehnung der Haftung der Betriebsratsmitglieder auf jede nur leicht fahrlässige Pflichtverletzung die Gefahr, daß die Tätigkeit des Betriebsrats aus Angst vor finanziellen Einbußen zu sehr gehemmt würde. Denn angesichts der inzwischen bestehenden Vielzahl von Mitbestimmungsrechten ist die Wahrscheinlichkeit, eine Fehlentscheidung zu treffen, erheblich gestiegen. Um in der Zukunft weiterhin eine effektive Mitbestimmung zu gewährleisten, sollte daher die Haftung der Betriebsratsmitglieder auch durch Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz nicht erweitert werden.

Bei pflichtwidriger Mitbestimmung in personellen Einzelmaßnahmen haftet der Betriebsrat somit nur gemäß § 826 für vorsätzliches sittenwidrige **Schädigungen**. Mißbraucht der Betriebsrat seine ihm nach dem BetrVG zustehenden Kompetenzen dazu, einen Arbeitnehmer vorsätzlich zu schädigen, ist regelmäßig der Tatbestand des § 826 erfüllt, so daß die Arbeitnehmer gegen vorsätzliches Verhalten hinreichend geschützt sind. Bei fahrlässigem Fehlverhalten kommt eine Haftung des Betriebsrats gar nicht in Betracht.

Welche Ansprüche die Arbeitnehmer im einzelnen gegen die Betriebsratsmitglieder im Falle pflichtwidriger Mitbestimmung in wirtschaftlichen und sozialen Angelegenheiten sowie bei Verletzung sonstiger Pflichten geltend machen können, kann im Rahmen dieser Arbeit dahinstehen. . Da der Schutz effektiver Betriebsratstätigkeit Vorrang vor den Interessen einzelner Arbeitnehmer haben soll, letztlich zum Wohle der gesamten Belegschaft, scheidet die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I in diesen Bereichen des BetrVG aus.

311) S. oben S. 149 ff.

D. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß alle in Rechtsprechung und Literatur bisher erörterten Fallgruppen befriedigend gelöst werden können, ohne daß es der Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz bedarf. Entweder ist der Arbeitnehmer durch herkömmliche Anspruchsgrundlagen schon ausreichend geschützt oder ihm soll nach den Wertungen der Rechtsordnung kein umfassenderer Schutz gewährt werden.

- I. So ist bei Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber grundsätzlich mit vertraglichen Ansprüchen auszukommen. Hat der Arbeitgeber rechtswidrig die Lohnzahlung verweigert, ist er nicht einmal auf einen Schadensersatzanspruch angewiesen, sondern behält in der Regel über die §§ 615, 324 I seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch. Alle weiteren Schäden kann er wegen positiver Vertragsverletzung ersetzt verlangen. Über die im Rahmen dieser Arbeit behandelten Beispiele hinaus ist kein weiterer Fall denkbar, bei dem der Eingriff in das Recht am Arbeitsplatz nicht immer gleichzeitig eine Verletzung des Arbeitsvertrages darstellt. Ist der Arbeitnehmer ausnahmsweise nicht durch das Institut der positiven Vertragsverletzung geschützt, soll er nach den gesetzlichen Wertungen auch keinen weitergehenden deliktischen Schutz erhalten (s. dazu das Beispiel, in dem der Arbeitgeber seinen Betrieb durch Mißwirtschaft zugrunderichtet).

Abgesehen davon bestehen im Verhältnis von Arbeitnehmern und Arbeitgeber grundsätzliche Bedenken gegen den deliktischen Schutz des Arbeitnehmers durch Anerkennung eines Rechts am Arbeitsplatz, da auf diese Weise die deliktische Haftung auf vertragswidriges Verhalten ausgedehnt würde.

- II. Die Notwendigkeit, das Recht am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I anzuerkennen, ist am ehesten in den Fällen vorstellbar, in denen die Beeinträchtigung des Arbeitsplatzes durch Dritte erfolgt, da insoweit keine vertraglichen Ansprüche bestehen. Aber zumindest in den bisher diskutierten Fällen ist ohne ~~Anerkennung~~ des Rechts am Arbeitsplatz auszukommen. Sämtliche Fallgruppen können vor allem über §§ 826, 823 II und § 823 I - Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts - gelöst werden. Im Rahmen des § 826 wird dabei ein Verständnis der guten Sitten vorausgesetzt, das sich nicht auf elementare sittliche Verhaltensanforderungen und damit auf außerrechtliche Wertmaßstäbe beschränkt, sondern bei dem auch die der Rechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien beachtet werden. Auf Grund dessen sind die Anwendungsbereiche von § 823 I - Verletzung des Rechts am Arbeitsplatz - und § 826 nicht so unterschiedlich wie es auf den ersten Blick erscheint. Allerdings beschränkt sich die Haftung gemäß § 826 auf vorsätzliche Eingriffe. Die Fälle fahrlässiger Beeinträchtigung des Arbeitsplatzes werden aber durch § 823 II und § 823 I - Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts - erfaßt. Darüberhinaus ist der Arbeitnehmer nach den Wertungen der Rechtsordnung nicht schutzbedürftig (s. dazu das Beispiel in dem ein Arbeitnehmer falsche Vermerke in die Personalakte eines Kollegen macht).
- III. Vor Eingriffen des Betriebsrats soll der Arbeitnehmer schließlich nur bei vorsätzlichem Handeln geschützt werden. Müßte der Betriebsrat für jedes auch nur leicht fahrlässige Fehlverhalten haften, wäre die Funktionsfähigkeit der Betriebsratstätigkeit, die dem Interesse der Gesamtheit der Arbeitnehmer dient, in Frage gestellt.
- IV. Da der Arbeitnehmer also bei jeglichen Eingriffen um-

fassend geschützt wird, besteht kein rechtspolitisches Bedürfnis, den Schutz des Arbeitnehmers durch ein Recht am Arbeitsplatz zu verstärken.

Daran ändert auch nichts das von der Literatur immer wieder angeführte Argument, die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz werde durch den Gleichheitsgrundsatz gefordert und es müsse im Arbeitskampfrecht eine gewisse äußerliche Symmetrie geschaffen werden.

Wie der Arbeitgeber durch das Recht am Gewerbebetrieb solle der Arbeitnehmer durch das Recht am Arbeitsplatz geschützt werden. Allein die Absicht, eine äußerliche Symmetrie zu schaffen, gibt den Gerichten keine Legitimation für eine Rechtsfortbildung. Daß das Recht am Arbeitsplatz nach der gesetzlichen Ordnung nicht schon als sonstiges Recht angesehen werden kann und es daher der Rechtsfortbildung bedarf, wurde bereits oben angedeutet. Für eine Rechtsfortbildung ist nur dort Raum, wo das positive Recht keine Regelung enthält, also lückenhaft ist. Die Rechtsfortbildung muß **geboten sein, um einem unbefriedigenden Rechtszustand abhelfen zu können.** 312)

Wird der Arbeitnehmer aber durch die Rechtsordnung hinreichend geschützt, bestehen also keine Regelungslücken, ergibt sich für die Gerichte auch kein rechtspolitisches Bedürfnis, das Recht am Arbeitsplatz im Wege der Rechtsfortbildung zu schaffen.

Allerdings ist es durchaus möglich, daß sich im Laufe der Zeit einzelne Fälle herausstellen, die nicht befriedigend mit den herkömmlichen Anspruchsgrundlagen gelöst werden können.

312) S. Buchner, S. 34 ff., 246, der darauf hinweist, daß auch das Recht am Gewerbebetrieb im Wege der Rechtsfortbildung geschaffen worden ist, ohne daß die Rechtsprechung selbst allerdings den rechtsfortbildenden Charakter ihrer Entscheidungen erkannt habe. S. auch Buchner/Roth S. 78
Larenz, Methodenlehre, S. 401 fordert für die Rechtsfortbildung sogar einen " Rechtsnotstand ",

So sind insbesondere Eingriffe Dritter denkbar, die nicht durch § 826 und § 823 II zu erfassen sind, da sie entweder noch unterhalb der Schwelle der Sittenwidrigkeit liegen oder kein bestehendes Schutzgesetz verletzen.

Ob für solche vereinzelter Fälle ein rechtspolitisches Bedürfnis besteht, eine Generalklausel wie das Recht am Arbeitsplatz anzuerkennen, erscheint jedoch sehr zweifelhaft.

Eine Generalklausel ist ihrem Wesen nach darauf angelegt, einen umfassenden Schutz gegen eine Vielzahl von Eingriffen zu gewähren, nicht aber bloß vereinzelter Fälle zu erfassen. Mit der Schaffung des Rechts am Arbeitsplatz ist folglich die Gefahr verbunden, daß der Schutz des Arbeitnehmers auch auf Fälle ausgedehnt wird, in denen er eigentlich nicht schutzwürdig ist. Welche Schwierigkeiten es bereitet, den Tatbestand einer Generalklausel zu beschränken, ist am Beispiel des Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs deutlich geworden. Der Rechtsprechung ist es noch immer nicht gelungen, diesem Recht klare Konturen zu geben. Es erscheint daher nicht sinnvoll, eine Generalklausel mit den damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten zu schaffen, wenn es nur um den Schutz vor ganz bestimmten, vereinzelter Eingriffen geht.

In diesen Fällen sollte man besser die §§ 826 und 823 II als Ausgangspunkt für eine Rechtsfortbildung wählen. Denn bei diesen beiden Tatbeständen besteht nicht die Gefahr, daß der Schutz des Arbeitnehmers vor Verlust oder Beeinträchtigung seines Arbeitsplatzes pauschal erweitert wird. Die Richter werden vielmehr von vorneherein dazu gezwungen, den im Wege der Rechtsfortbildung bezweckten Rechtsschutz für jeden Fall im einzelnen zu überprüfen und sorgsam zu begründen.

Durch § 826 wird der Richter ermächtigt, Verhaltensnormen zu konkretisieren, soweit sie sich aus der Sittenordnung oder aus den der Rechtsordnung selbst immanenten Wertmaßstäben ableiten lassen. Er kann auch neu auftretende Verhaltensweisen als unzulässig bewerten, wenn sie durch die Rechtsordnung noch nicht verboten sind. ³¹³⁾

Demzufolge bietet es sich an, § 826 zum Ausgangspunkt zu nehmen, wenn es um einen erweiterten Vermögensschutz des Arbeitnehmers vor vorsätzlichen Eingriffen Dritter in seine Rechtsposition geht, selbst wenn nach dem heutigen Verständnis der " guten Sitten " die Schwelle der Sittenwidrigkeit noch nicht erreicht ist.

Dabei empfiehlt es sich allerdings nicht, wie in der Literatur häufiger vorgeschlagen wird ³¹⁴⁾, dem Begriff der guten Sitten gänzlich seinen ethischen Bezug zu nehmen, indem man etwa nur noch eine objektive Güter- und Interessenabwägung zur Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens vornimmt. Denn auf diese Weise würde die Haftung aus § 826 praktisch auf jede vorsätzliche Schadenszufügung und damit zu weit ausgedehnt. Es entstünden die gleichen Abgrenzungsschwierigkeiten wie bei § 823 I. Der einzige Unterschied läge darin, daß die Haftung wenigstens auf vorsätzliches Verhalten beschränkt bliebe.

Am sinnvollsten erscheint es, den Anwendungsbereich des § 826 nur dann schrittweise zu erweitern, wenn sich in einem speziellen Fall das Bedürfnis ergibt, den Arbeitnehmer weitergehend zu schützen. Anhaltspunkte für eine ausdehnende Handhabung des § 826 können die

313) Münch/Komm-Mertens, § 826, Rdnr. 3; Deutsch, JZ 1963, 390; Seiter, S. 465; Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 69; Münch/Komm-Mayer-Maly, § 138, Rdnr. 4; Soergel/Siebert/Knopp, § 826, Rdnr. 2 erkennt zwar auch die Entwicklungsfunktion des § 826 an, meint aber § 826 müsse ein nur ergänzender Haftungsstatbestand bleiben.

314) S. oben S. 62, FN 83

durch die jahrelange Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen bieten, die häufig nur um einen etwas abweichenden Fall erweitert werden müßten. So wurde oben bereits erwähnt, daß der Aufruf des Arbeitgeberverbandes zur einer rechtswidrigen Aussperrung durch die im Rahmen des § 826 schon anerkannten Fallgruppe " Verleitung zum Vertragsbruch " erfaßt werden kann, wenn man nur, wie auch im Wettbewerbsrecht, auf das Erfordernis der " besonderen Umstände " verzichtet.

Bei einer fallbezogenen Erweiterung des Schutzbereichs des § 826 besteht am ehesten die Garantie, daß der Schutz des Arbeitnehmers vor Eingriffen in seinen Arbeitsplatz nicht zu weitgehend ausgedehnt wird. Neben § 826 ist eine fallweise Erweiterung des Schutzes des Arbeitnehmers auch noch über § 823 II möglich. Zwar verweist § 823 II nach dem Willen des Gesetzgebers nur auf Schutzgesetze, die bereits gesetzlich normiert sind. Da der Richter aber anerkanntermaßen in bestimmten Grenzen die Kompetenz zur Ausfüllung von Gesetzeslücken hat, sollte man konsequenterweise auch die Aufstellung von Schutzgesetzen im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zulassen.³¹⁵⁾ Das Arbeitsrecht beruht zu einem großen Teil auf Richterrecht. Auch auf dem Wege über § 823 II besteht damit die Möglichkeit dem Arbeitnehmer von Fall zu Fall materiell notwendigen Schutz zu gewähren. Auf die Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz als sonstiges Recht i.S. des § 823 I sollte folglich selbst dann verzichtet werden, wenn noch einzelne Fälle auftreten, in denen ein rechtspolitisches Bedürfnis besteht, den Arbeitnehmer weitergehend zu schützen.

315) Seiter, S. 466, der ausführt, daß es z.B. dogmatisch korrekter gewesen wäre, das Verbot des wilden Streiks als richterrechtliches Schutzgesetz auszufassen und S. 526, 528 ff.; München/Komm-Mertens, § 823, Rdnr. 3, 149 ff.; Mertens, AcP 170, 228 ff.; Steindorff, JZ 1960, 582 f.; s. auch Buchner, S. 263.

Lebenslauf

Ich wurde am 27.1.1958 in Duisburg als Tochter des Rechtsanwalts und Notars Erich J. Konrad und seiner Ehegattin Pauline geboren. Von Ostern 1964 bis zum Sommer 1967 besuchte ich die Grundschule an der Duissernstraße in Duisburg. Ab Sommer 1967 besuchte ich das Gymnasium Stadtmitte. Dort legte ich am 31.5. 1976 das Abitur ab.

Im Sommersemester 1977 begann ich in Heidelberg Rechtswissenschaften zu studieren. Ein Semester später wechselte ich zur Universität Münster. Am 21.11.1981 legte ich bei dem Justizprüfungsamt in Hamm das erste Staatsexamen ab.

Im Anschluß daran habe ich meine Doktorarbeit erstellt. Seit dem 1.3.1983 bin ich Referendarin in Konstanz.

